
HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 736 672


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

France

# DE L'ORIGINE

# DU TESTAMENT ROMAIN

# DE L'ORIGINE

DU

# TESTAMENT ROMAIN

## ÉTUDE D'ANTIQUITÉS JURIDIQUES

PAR

**FRANCISQUE GREIFF**

DOCTEUR EN DROIT

**Avocat à la Cour d'appel**

PARIS

LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ

CHEVALIER-MARESCQ ET Cie ÉDITEURS

20, RUE SOUFFLOT, 20

1888

6-27-21

A MONSIEUR

PAUL VIOLLET

MEMBRE DE L'INSTITUT

BIBLIOTHÉCAIRE A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

*Hommage respectueux.*

# DE L'ORIGINE

DU

# TESTAMENT ROMAIN

In publicis nihil est lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum.

(Cicéron, *Philipp.*, II, 42.)

---

## INTRODUCTION

On raconte à Orléans que, des pères de famille venant souvent consulter Pothier sur la responsabilité qu'ils encouraient devant Dieu par leur testament, l'illustre jurisconsulte leur répondait toujours : « Il ne vous sera pas demandé si vous aviez le droit de le faire, mais uniquement pourquoi vous l'avez fait. »

Cette protestation contre le testament traverse l'histoire depuis l'origine jusqu'à nos jours. Aucune institution n'a peut-être exercé une action aussi décisive sur la marche des sociétés, mais aucune, certainement, n'a

rencontré une hostilité plus vive ni des résistances plus prolongées. La raison en est facile à comprendre. Le testament agit à la base des sociétés, dans le domaine de la famille, qu'il frappe au point éternellement sensible de l'intérêt. En modifiant la distribution de la richesse par la libre volonté individuelle, le testament a servi tour à tour à détruire les institutions attardées du passé et à établir les créations les plus importantes de l'histoire. C'est ainsi qu'à travers les siècles et les âges, il a successivement brisé la famille antique, édifié la fortune de l'Eglise, affermi la noblesse féodale et préparé le régime économique de notre temps.

La famille antique, création de la nature autant que de l'homme, s'est présentée dès le début avec un caractère de coordination et de solidarité, qui en faisait une unité vivante, supérieure aux individus. L'individu naissait dans la famille, et vivait par elle; il y trouvait son origine, sa prospérité, ses affections et sa religion. Il en formait une partie intégrante, comme un organe fait partie d'un organisme. Aussi, dans les temps primitifs, la famille prédominait sur l'individu ; tout était commun, le culte, les sentiments et les biens. L'idée du testament dans un pareil milieu devait paraître un sacrilège et une atteinte à la chose commune. Beaucoup plus tard, à une époque de civilisation avancée, Platon montre les difficultés qu'éprouvait un père de famille, voulant faire testament : « O dieux, dit-il, ne serait-il pas bien dur que je ne puisse disposer de mon bien en faveur de qui il me plaît, en laisser plus à

celui-ci, moins à celui-là, selon le plus ou moins d'attachement qu'ils m'ont témoigné dans le cours de ma vie? » Et le législateur lui répond : « Toi qui ne peux te promettre plus d'un jour, toi qui ne fais que passer ici-bas, est-ce bien à toi de décider de telles affaires? Tu n'es le maître ni de tes biens, ni de toi-même; toi et tes biens, tout cela appartient à ta famille, c'est-à-dire à tes ancêtres et à ta postérité (1). »

Dans cette lutte entre la collectivité primitive et le principe de libre disposition, le testament a fini par triompher, et, avec lui, a prévalu le principe de la propriété individuelle. En assurant au propriétaire la pleine disposition de ses biens et en stimulant la circulation des richesses, le testament a préparé le terrain à l'économie moderne. La succession légitime, dernier vestige de la communauté ancienne, a tenté divers retours offensifs. Mais, aujourd'hui, le triomphe du testament paraît assuré. La législation positive, comme la science économique, s'accordent à reconnaître dans le testament la conséquence logique et la consécration suprême du droit de propriété. La succession *ab intestat*, tout en gardant encore une certaine importance appropriée au rôle plus effacé de la famille moderne, porte le caractère d'un testament présumé, par lequel la loi essaie de suppléer à la volonté défaillante du mourant.

Pendant sa longue carrière, le testament a eu la fortune de servir deux institutions politiques de pre-

1. Platon, *Les Lois*, XI.

mier ordre, dont l'influence a été grande sur les peuples de l'Occident ; nous voulons parler de l'Eglise et de la noblesse.

L'Eglise romaine avait hérité du privilège des temples païens de recevoir la garde et de veiller à l'exécution des testaments. Elle en usa pour répandre cette pratique chez les peuples qui l'avaient ignorée jusque-là. Grâce à la question du salut éternel, qui fut intimement liée à celle des testaments, les dons charitables et les legs *ad pias causas* se multiplièrent dans des proportions inusitées. L'Eglise devint en quelque sorte la légataire universelle des fidèles. « Les ecclésiastiques maintenaient, dit Loyseau, que la connaissance des testaments leur appartenait, comme étant une matière de conscience, disant même qu'ils étaient les naturels exécuteurs d'iceux, parce que le corps du défunt testateur était laissé à l'Eglise pour la sépulture, l'Eglise aussi était saisie de ses meubles, pour acquitter sa conscience et exécuter son testament. Même nous trouvons qu'anciennement les ecclésiastiques ne voulaient enterrer les morts, si on ne leur mettait en mains leur testament. Et Jean Gallé, en sa question 102, remarque que souvent les héritiers, pour sauver l'honneur du défunt décédé sans tester, demandèrent permission de tester *ad pias causas*, et j'ai lu ailleurs qu'il y avait des ecclésiastiques qui contraignaient les héritiers des intestats de convenir de prud'hommes, pour arbitrer combien le défunt avait dû léguer à l'Église (1). »

1. Loyseau. *Des Seigneuries et justices ecclésiastiques*, n° 61.

L'Eglise acquit ainsi un patrimoine énorme, qui ne fut pas sans influer sur son action politique et religieuse. On l'évaluait rien qu'en France, à la veille de 1789, à la somme de quatre milliards.

Le testament servit aussi à la noblesse à maintenir l'éclat du nom et la permanence du pouvoir seigneurial au moyen des substitutions fidéicommissaires d'une durée indéfinie. Ce procédé permettait de conserver le patrimoine des familles nobles entre les mains des aînés, qui le transmettaient intact à leur successeur désigné par le testament primitif. L'inaliénabilité des biens grevés de substitution était aussi profitable à l'aristocratie que nuisible au crédit public.

Ces deux applications du testament lui valurent une nouvelle attaque du côté des philosophes et des réformateurs. Déjà Leibnitz avait dit que le testament serait impossible, si l'âme n'était immortelle. Mais les partisans du droit naturel, et surtout les encyclopédistes, lui étaient hostiles. Voici comment s'exprimait un magistrat respectable, l'avocat général Gilbert de Voisins : « Le pouvoir de disposer de nos biens après notre mort ne nous appartient pas. La mort dépouille les hommes de tout ; et ce qu'ils n'ont point exécuté pendant leur vie, leur volonté ne peut le faire après leur mort, si la loi, qui est immortelle, ne prend soin de le faire accomplir (1). »

Voltaire écrivait à un ami : « Je compte pour rien ce qu'on donne par testament ; c'est seulement laisser

1. Merlin, *Répertoire*, v° *Testament*, sect. II, § 4, art. 2.

ce qui ne nous appartient plus (1). » Ces idées étaient celles de philosophes comme Locke, Condillac, Helvétius et Diderot, de publicistes comme Bynkershoœck, Montesquieu et Thomasius, de jurisconsultes comme Heineccius, Merlin et Toullier. On les retrouve dans la plupart des traités de droit naturel du commencement de ce siècle. Les orateurs de la Révolution les portèrent à la tribune de nos premières assemblées. Dans un discours posthume, lu à la tribune de l'Assemblée nationale par Talleyrand, Mirabeau fulmina contre le testament. A la suite de nouvelles attaques de Robespierre, Pétion et Tronchet, la Convention décida l'abolition des testaments, et par surcroît celles des donations entre vifs, par un décret en date du 7 mars 1793 confirmé par la loi du 17 nivôse de l'an II.

Le code civil rétablit le testament et les donations, en les mitigeant d'une légitime réserve au profit de certains héritiers naturels. Depuis, deux courants inverses se sont fait jour. Après les tentatives de Napoléon et de la Restauration en vue de rétablir les substitutions fidéicommissaires, M. Le Play et ses adeptes ont provoqué un courant assez accentué en faveur de la liberté testamentaire complète, à l'effet de reconstituer la puissance paternelle et la famille de l'ancien régime. Dans un camp nettement opposé, les idées de la Convention ont été reprises et élargies par Saint-Simon et les différentes écoles socialistes qui l'ont suivi.

Ainsi que tout le fait pressentir, la double contro-

1. Voltaire, *Lettre à Thiriot*, du 27 janvier 1760.

verse de la liberté testamentaire et de la légitimité du testament, après avoir défrayé la polémique des siècles, agitera les esprits pendant longtemps encore. Ce n'est certes pas à une époque, où toutes les institutions et tous les droits acquis sont remis en question, où l'esprit de libre examen s'est attaqué, avec plus de vigueur qu'au dix-huitième siècle, aux assises mêmes de la société, qu'une question de cette importance restera à l'abri des discussions publiques.

Entre les deux ordres d'idées si différents, mais également graves, que suggère ce débat, nous en avons choisi un troisième, bien moins palpitant et d'un intérêt purement scientifique. Il nous a semblé intéressant, au point de vue de la simple érudition, de rechercher le point de départ du litige, en étudiant l'origine du testament.

Le problème, dont nous voulons aborder l'étude, peut se résumer en deux points :

I. Comment et à quelle époque est-on arrivé à créer un héritier par acte de simple volonté ?

II. Comment un acte de simple volonté pouvait-il, dans le droit primitif, opérer le transfert d'une universalité de droits, comprenant l'actif et le passif du patrimoine ?

La question ainsi posée indique déjà que le testament n'a pu naître que dans un état relativement avancé des sociétés. Les finesses du droit et les constructions juridiques sont l'apanage d'une certaine civilisation.

Aussi, si nous jetons un coup d'œil sur les législations primitives, n'y trouvons-nous pas le testament.

« Dans le droit hindou, dit M. Summer Maine en parlant de l'Inde actuelle, il n'y a pas de véritable testament : sa place est remplie par l'adoption..... Il y a dans le Bengale des coutumes locales, où l'on trouve quelques traces de la faculté de tester.... Mais ce testament que d'aucuns supposent inventé par les juristes anglo-indiens est tout au plus un testament rudimentaire (1). »

Les Chinois sont encore aujourd'hui fidèles à la succession ab intestat. Préceptes de Meng-Tseu : « Faites mourir les enfants qui manqueront de piété filiale; n'ôtez pas l'héritage au fils légitime pour le donner à un autre. » — « Celui qui établit un héritier contrairement à la loi sera puni de 80 coups de bambou (2). »

Les Egyptiens, comme les Iraniens, n'ont jamais connu le testament. Les efforts très méritoires de MM. Eugène et Victor Révillout, en vue de reconstituer le droit égyptien et chaldéen, n'ont pas encore amené la découverte d'un seul testament démotique ou cunéiforme.

Chez les Hébreux, le testament ne figure que dans la législation talmudique, où il a pénétré sous l'influence des idées gréco-romaines. Il y porte le nom de *diathiki*, du grec διαθήκη ; le legs s'appelle *legaton*. Eusèbe et Origène ont voulu voir des testaments dans le

1. Summer Maine, *L'Ancien droit*, traduct. Courcelle-Seneuil, p. 184 et 187.
2. *Ta Tsing Leu Lih*, chap. *Des successions*.

partage du monde fait par Noé entre ses fils Sem, Cham et Japhet, ainsi que dans les bénédictions suprêmes données par le patriarche Jacob à ses douze fils. On a pu, plus facilement, se méprendre sur le sens du passage suivant de la Genèse : « Et Abraham dit au Seigneur: Je suis sans enfants, et mon serviteur Eliézer de Damas a un fils ; que le fils de mon serviteur soit mon héritier. Et le Seigneur lui dit: Qu'il ne soit pas ton héritier, mais celui qui naîtra de toi sera ton successeur (1). » Ce passage ne vise, évidemment, que l'adoption, et encore le Seigneur s'y montre-t-il hostile.

Dans le monde musulman, le testament ne peut pas établir un héritier. « Nous avons, dit Mahomet, désigné à chacun les héritiers qui doivent recueillir la succession laissée par les parents. Rendez à chacun ce qui lui est dû, car Dieu est témoin de vos actions (2). »

Chez les Germains, pas de testament. « Heredes, dit Tacite, successoresque sui cuique liberi et nullum testamentum (3). » Ce principe était commun à tous les peuples germaniques depuis l'Islande jusqu'au Danube. « La critique allemande la plus pénétrante, dit M. Maine, s'est appliquée récemment aux *leges barbarorum* afin de détacher de chaque système les règles qui formaient la coutume de la tribu, dans sa demeure primitive, des parties empruntées au droit romain. Dans ce travail on est invariablement arrivé à ce résultat, que le noyau

1. *Genèse*, ch. XV, v. 24.
2. Le Koran, ch. IV, v. 37.
3. Tacite, *De mor. Germ.*, XX.

des anciennes lois ne contient pas de trace de testament (1). »

Les premières législations de la Grèce ignorent ou prohibent le testament. Le code de Gortyne, découvert récemment dans l'île de Crête, et qui paraît remonter au VIe siècle avant notre ère, ne le mentionne pas une seule fois. A Sparte, Lycurgue l'avait prohibé ; il ne fut autorisé qu'après la guerre de Péloponèse. « Ce fut, dit Plutarque, Epitadeus qui introduisit à Lacédémone la liberté d'ôter les successions aux légitimes héritiers pour les donner à d'autres, liberté qui causa la ruine de la République. Cet Epitadeus était un homme rebours, fier et superbe de nature; étant éphore, il eut débat avec son fils, et ce fut en haine de lui qu'il proposa et fit adopter la liberté de tester (2). » Aristote rappelle un temps, où le testament était inconnu à Thèbes et à Corinthe (3). A Athènes, Solon l'autorisa à défaut de descendance légitime (4). Mais le testament grec n'est au fond qu'une adoption in extremis; l'héritier succède en qualité de fils. « On peut supposer, dit M. Gans dans son remarquable ouvrage sur « le Droit de succession dans l'histoire universelle », on peut supposer à Athènes une adoption qui ne soit pas testamentaire, mais pas de disposition testamentaire qui ne soit en même temps une adoption (5). » A l'époque de la décadence grecque, on trouve

1. S. Maine, *L'Ancien droit*, p. 186.
2. Plutarque, *Agis*, V.
3. Aristote, *Politique*, II, 3, 4.
4. Plutarque, *Solon*, 21.
5. Gans, *Das Erbrecht in weltgeschischtlicher Entwickelung*, I, p. 383.

des testaments qui ne contiennent pas d'adoption; tels sont ceux des philosophes Platon, Aristote, Théophraste et Epicure. Mais aussi ces testaments ne contiennent que des legs, sans institution d'héritier; ce sont plutôt des codicilles. « C'est aux Romains, dit M. Maine, que revient l'honneur d'avoir inventé le testament. » C'est Rome qui a créé l'institution d'héritier sans adoption, une de ses œuvres les plus importantes et les plus durables.

C'est pourquoi nous étudierons l'origine du testament à Rome.

Mais, comme l'hypothèse d'une génération spontanée est difficile à admettre, même en législation, nous rechercherons auparavant les germes du testament, soit dans les coutumes primitives des peuples aryens, soit dans la législation grecque.

## CHAPITRE PREMIER

# DE L'IDÉE DE SUCCESSION CHEZ LES ANCIENS

Dire que la famille a été la première société humaine, ce serait répéter une banalité aussi vieille que la chose qu'elle exprime. Il n'est pas moins vrai, pourtant, que depuis les beaux travaux de M. Fustel de Coulanges et de sir Henry Summer Maine, cette banalité est devenue une vue originale et profonde, qui éclaire d'un jour nouveau les âges primitifs. En effet, la famille antique ressemblait peu à celle de nos jours. Elle n'était pas une simple association domestique, réunissant un petit nombre de proches parents dans le cercle de la vie privée. C'était une société politique et religieuse, qui avait son gouvernement et son culte, ses lois et sa justice, ses sujets et ses possessions, ses guerres et ses traités diplomatiques. Si l'on veut se faire une idée suffisamment précise de ce qu'a pu être ce premier groupement humain, il faut y voir en germe les trois pouvoirs sociaux, qui en sont sortis plus tard : la famille, l'Etat et l'Eglise.

Le voyageur qui parcourt les pays du Moyen-Danube est agréablement surpris en rencontrant chez les popula-

tions encore frustes des Slaves méridionaux, les Slovènes, les Croates, les Dalmates et les Serbes, des communautés de famille qui rappellent assez exactement la vie douce et poétique de l'époque patriarcale. Des ménages nombreux, remontant par les hommes à un ancêtre commun, vivent fraternellement sous un même toit, au feu d'un même foyer, sous la direction d'un ancien, qui est le plus souvent un aïeul. Les hommes travaillent aux champs ou conduisent les troupeaux; les femmes prennent soin du ménage et tissent les vêtements de la famille; en hiver, les uns et les autres se livrent à ces petites industries domestiques, qui fleurissent chez les peuples encore dans l'enfance. Au-dessus de tous, dans une atmosphère de respect et de vénération que lui forment les ans et la tradition, règne l'ancien, appelé *gospodar* ou *starichina*; il dirige la *Druzina* ou *Zadruga*, commande et juge. Les produits du travail commun sont équitablement répartis parmi tous les membres de la communauté; quelques produits de l'industrie privée peuvent faire l'objet d'une propriété personnelle. Le soir, le repas commun réunit tous les membres de la famille; l'ancien raconte des légendes guerrières, qui ont traversé les siècles sans changer d'un mot; quelquefois le récit devient un chant accompagné de la guzla.

Cette organisation familiale, dont on trouve des traces chez les Russes, chez les Highlanders de l'Écosse, ou chez les habitants du pays de Galles, rappelle en partie ce qu'a été la famille antique. Dans l'une comme dans l'autre, la famille se suffit à elle-même, et tout le gouvernement se concentre dans le père. Homère, caractérise très bien cet état de la société, en disant des Cyclopes, les hommes primitifs de son temps : « Ils n'ont ni assemblée pour le conseil, ni thémistes (jugements publics), mais chacun a juridiction sur sa femme et ses enfants, sans se soucier des

autres (1). » Avant l'apparition de l'État, avant la formation des cités, les hommes ont vécu en groupes isolés, établis par une descendance commune et gouvernés par un chef, appelé le père. Ce nom n'implique pas nécessairement l'idée de génération; on aurait dit alors *gánitar*, γεννητήρ ou *genitor*. Mais le nom qui désigne la fonction de chef de la famille chez tous les peuples aryens, c'est *pitar*, πατήρ, *pater*, c'est-à-dire le maître protecteur (2). Le père est le seigneur de tous ceux qui vivent sous sa loi. Parmi tous les membres de la famille, il a seul une existence véritable; les autres n'existent que par lui. Mais il emprunte lui-même son importance et son autorité au groupe, qu'il représente et qu'il incarne. Aux yeux des anciens, le fait primordial, source de droits et de pouvoir, c'est la collectivité dans laquelle on est né, à laquelle on appartient, qui a préexisté à l'individu et qui lui survivra. Les hommes primitifs n'avaient pas, au point de vue juridique, conscience de leurs personnalités distinctes ; ils ne se connaissaient que comme membres d'une maison déterminée. Leur valeur, leur puissance, leur honneur, étaient ceux de leur maison. Les individus naissaient et passaient, la maison restait toujours la même, avec son patrimoine de traditions glorieuses, de souvenirs touchants et son histoire écrite dans les cœurs de ses membres. L'individu est

1. Homère, *Odyssée*, IX, 112-115.

2. Zend, *pitar*; goth., *fadar;* celtique (irl.), (*p*) *athir*, proviennent de la même racine que *potestas*. Rac. *pa*, skr. *pâ. pâ-mi* veut dire protéger, garder; *palas*, gardien, prince; *patis*, seigneur, époux; grec, πόσις (pour πότις) époux, δεσπότης, seignour ; latin, *compos*, *potis*, *possum*, *potior*, *potens*, *potestas*; goth., *faths*, seigneur; bohém., *pan*, seigneur, etc.

A Rome, le nom de *pater* est habituellement donné aux dieux. Bien que fils de Saturne, Jupiter est appelé *pater hominum deorumque*; Virgile dit de lui :

Tum pater omnipotens, rerum cui summa potestas

*Jam pater Æneas religiosus*, dit Servius (ad. *Æneid.*, I, 699) *quia pater proprio omnium deorum epitheton est.* Ovide dit de Romulus : *Sancte pater patriæ.*

entièrement absorbé par la collectivité ; la responsabilité des actes elle-même n'est pas individuelle. Un crime commis contre un individu est vengé par tous les siens ; de même, la faute d'une personne est expiée par ses parents ou rachetée par eux moyennant un wergeld, en cas de composition. La divinité elle-même ne considère dans les individus que la race qu'ils représentent. Jéhovah a toujours favorisé le peuple d'Israel à cause des mérites d'Abraham, et dans le Décalogue il dispense le bien et le mal à titre héréditaire. L'histoire des Atrides nous montre avec quel acharnement les dieux de l'Olympe poursuivaient à travers les générations le tort d'un ancêtre. La malédiction de Châm s'est étendue sur sa race jusqu'à nos jours.

La naissance était le premier titre de l'homme; suivant qu'il était issu d'une noble maison ou d'un père sans ancêtres et sans culte, il était aimé des dieux et des hommes, ou un paria rebuté. L'individu ne pouvait pas vivre hors de la famille ; ç'aurait été vivre comme les bêtes de la forêt. Encore au moyen âge, le vieux chroniqueur russe Nestor nous rapporte que le sentiment de la famille était tellement puissant chez les Slaves, que celui qui s'était affranchi des liens de la famille était considéré comme un criminel ayant violé les plus saintes lois de la nature.

L'unité sociale de ces temps était donc la famille ou le groupement plus étendu du clan, issu du développement de la famille. Au dehors, ces clans traitaient de puissance à puissance. Les hostilités étaient fréquentes et longues entre eux; la paix et les relations normales se rétablissaient par des conventions solennelles et de formes compliquées, qui rappellent nos traités diplomatiques. Aussi est-il vrai de dire que le premier droit qui se soit formé entre les hommes était un droit international. Le moindre acte d'un groupe à un autre, une vente ou une obligation,

était accompli avec toutes les précautions et toutes les solennités d'un traité politique. C'était là le seul droit existant : à l'intérieur du groupe, le droit n'avait aucune raison d'être. Le père y régnait en souverain; son pouvoir n'était limité que par la coutume traditionnelle et par la piété envers les dieux, ce que les Romains appelaient « fas et mores ».

Les dieux de la famille, c'étaient les ancêtres, la suite des pères, qui l'avaient gouvernée autrefois. La famille était ainsi sa propre religion, une religion domestique issue du culte des morts. Chez tous les peuples de race aryenne, les morts continuaient dans leur séjour souterrain une vie éternelle, pendant laquelle ils nourrissaient les mêmes sentiments et éprouvaient les mêmes besoins que sur la terre. On les enterrait avec des armes et des aliments; à des époques déterminées, leurs descendants étaient tenus de leur apporter des offrandes et des sacrifices. » Les morts, dit Lucien, se nourrissent des mets que nous plaçons sur leur tombeau et boivent le vin que nous y versons; en sorte qu'un mort, à qui l'on n'offre rien, est condamné à une faim perpétuelle (1). » Lorsque ces sacrifices étaient négligés, les morts sortaient de leurs tombes, leurs âmes errantes gémissaient dans la nuit et cherchaient à avertir les vivants par les maladies et les fléaux qu'ils leur envoyaient. Au contraire, les sacrifices régulièrement faits béatifiaient les morts, et les transformaient en divinités tutélaires. « Que le maître de maison fasse le *sraddha* avec du riz, du lait, des racines, des fruits, afin d'attirer sur lui la bienveillance des Mânes. » — « Lorsque le sraddha est fait suivant les rites, les ancêtres de celui qui offre le repas éprouvent une satisfaction inaltérable (2). »

1. Lucien, *De luctu*.
2. *Lois de Manou*, I. 95, III, 82, 122, 127, 146, 189, 274.

« Je verse sur la terre du tombeau, dit Iphigénie dans Euripide, le lait, le miel et le vin ; car c'est avec cela qu'on réjouit les morts (1). » Servius raconte que d'après les livres achérontiques du législateur étrusque Tages, qui ont été traduits à Rome par Labéon, certains *sacra* avaient pour effet d'évoquer les défunts des Enfers, et d'en faire des Pénates d'abord et des Lares ensuite (2).

Ces cérémonies funèbres constituaient une obligation stricte pour les descendants, et particulièrement pour le fils du défunt. « Le mort qui n'a pas laissé de fils ne reçoit pas d'offrande et il est exposé à une faim perpétuelle (3). » Elles étaient aussi l'attribution exclusive de la famille. L'étranger ne pouvait pas les accomplir utilement : sa présence leur était nuisible (4). Aussi la grande préoccupation des hommes était d'avoir des fils. Les lois de Manou supposent que les morts, dans leur séjour souterrain, prononçaient souvent ce vœu : « Puisse-t-il naître de notre lignée des fils, qui nous offrent dans la suite des temps, le riz bouilli dans du lait, le miel et le beurre clarifié (5). » La procréation d'un fils était le premier devoir de l'homme : « Le fils, par la naissance duquel l'homme acquitte sa dette et obtient l'immortalité, a été engendré pour l'accomplissement du devoir ; les sages considèrent les autres comme nés de l'amour (6). » Par ce fils, chargé du devoir, le père paraissait renaître ; l'épouse enceinte était appelée *djaha*, parce que son mari renaissait en elle (*djahâti*) pour une seconde fois (7). Il importait, de plus, que la lignée des descendants ne fût jamais interrompue : « Par un fils

1. Euripide, *Iphig.*, 162.
2. *Servius, ad Aeneid.*, III, 168; C. O. Muller, *Die Etrusker*, III, 4. 7.
3. Lucrèce, *De luctu*.
4. Cic., *De leg*, I, 26; Plutarque, *Solon*, 21. Isée, I; Varron, *L. Lat.* VI, 13.
5. *Lois de Manou*, III, 138, 274.
6. Manou, IX, 107. — 7. *Ibid.*, IX, 8.

l'homme gagne les mondes célestes; par le fils d'un fils, il obtient l'immortalité; par le fils du petit-fils, il s'élève au séjour du soleil » (1).

Nous possédons maintenant les éléments nécessaires pour nous faire une idée de la succession chez les anciens. Nous avons vu. que la famille était une personne morale, qui préexistait à l'individu et l'absorbait entièrement. Aristote affirme que le tout était avant la partie. Ce principe métaphysique se montre vrai dans l'histoire des institutions. Juridiquement la famille a préexisté à l'individu. La notion de la personnalité, sujet de droits et de devoirs, s'est révélée tout d'abord dans les groupes avant qu'elle ne se soit fixée dans les individus. On ne valait, avons-nous dit, qu'en faisant partie d'une famille ; on était l'homme d'une maison. Mais cette maison, avec son héritage de traditions et de biens, était immortelle: elle ne pouvait jamais périr. Comme toute personne morale, elle se maintenait au-dessus des diverses personnes, qui la représentaient, elle survivait aux pères de famille, qui venaient successivement la gouverner. La famille restait toujours la même ; il ne s'agissait que de savoir quelle personne serait chargée de sa direction temporaire. La première succession était donc celle des pères de famille. Mais cette succession offre un caractère particulier. Les pères de famille ou les patriarches ne se succèdent pas en leur nom personnel ; ils se suivent et se remplacent au nom de la lignée, nous pourrions dire au nom de la dynastie. M. Maine fait un rapprochement très curieux entre le père antique et le système des corporations anglaises. Les légistes anglais distinguent les corporations agrégées (*aggregate*) analogues à nos sociétés pourvues de la personnalité civile et les corporations seules (*sole*). Cette dernière corporation n'est pas une société, mais un

1. *Manou*, IX, 137.

individu, membre d'une série d'individus, qui est investi par fiction des qualités d'une corporation. De telles corporations sont le curé d'une paroisse ou encore mieux le roi d'une monarchie. Les différentes personnes investies successivement de la dignité royale peuvent mourir, le roi ne meurt jamais. « Le roi est mort, vive le roi! » Le successeur reprend immédiatement la fonction, et la continuité du règne est censée non interrompue. Le fait de la mort se trouve ainsi éliminé, et le roi ou le père de famille restent aussi immortels que le pays ou la famille qu'ils incarnent.

La succession du père de famille ne peut être réalisée que par un fils ou un descendant du fils. Il a seul qualité pour offrir les sacrifices dus aux défunts; il peut seul célébrer les ancêtres par les rites domestiques; il peut seul devenir père de famille à son tour. Aussi la préoccupation principale d'un chef de famille est-elle de s'assurer un fils, qui le perpétue lui-même et béatifie les aïeux. « Il n'est pas un homme, dit un orateur athénien, qui, sachant qu'il doit mourir, ait assez peu de souci de lui-même pour vouloir laisser sa famille sans descendants, car il n'y aurait alors personne pour rendre le culte qui est dû aux morts (1). » « L'extinction d'une famille, dit le Bhagavad-Gita, cause la ruine de la religion de cette famille; les ancêtres privés de l'offrande des gâteaux tombent au séjour des malheureux (2) ». La perpétuation des familles importe aussi à la cité. L'État, lorsqu'il arrive à se former, n'est qu'une confédération de familles ou de *gentes*; une partie de sa religion consiste dans la participation aux cultes des familles; les mânes domestiques sont autant de protecteurs pour la cité. Qu'une famille s'éteigne, un culte disparaît, et le peuple perd une divinité tutélaire. Les lois athéniennes et ro-

1. Isée, VII, 30.
2. Bhagavad-Gita, I, 40.

maines veillaient à la perpétuité des familles (1). Cicéron cite comme un principe fondamental du droit pontifical la règle : « Sacra privata perpetua manento (2). » Le célibat était une impiété et un malheur. Denys d'Halycarnasse rappelle une vieille loi romaine qui obligeait les jeunes gens à se marier (3). Cicéron en reproduit une qui interdit le célibat (4). Le censeur demandait à Rome : « Habesne uxorem liberorum quærendorum gratia? (5) » A Sparte, Lycurgue privait le célibataire de tous les droits politiques ; et dans d'autres villes grecques le célibat était puni comme un délit (6).

Le fils héritier devait être engendré en justes noces avec une femme associée au culte du mari. Le lien du sang ne constituait pas à lui seul la famille et la succession; il fallait encore l'identité du culte. Contracté en vertu du culte et en vue de le perpétuer, le mariage n'avait qu'un but, la procréation des enfants. Aussi, en cas d'union stérile, le divorce était-il de rigueur. La formule sacramentelle du mariage à Rome portait : « Ducere uxorem liberum quærendorum causa. » « Corvilius Ruga, dit Aulu-Gelle, homme de grande famille, se sépara de sa femme par le divorce, parce qu'il ne pouvait pas avoir d'elle des enfants. Il l'aimait avec tendresse et n'avait qu'à se louer de sa conduite. Mais il sacrifia son amour à la religion du serment, parce qu'il avait juré qu'il la prenait pour épouse afin d'avoir des enfants (7). » Dans l'Inde, « la femme stérile était remplacée au bout de huit ans (8) ».

1. Isée, VII, 30-32; Cicéron, *De leg.*, II, 19.
2. Cicéron, *Ibid.*, II, 9.
3. Denys, IX, 22.
4. Cic., *De leg.*, t. III, 2.
5. Aulu-Gelle, IV, 3.
6. Plutarque, *Lycurgue.* — Pollux, III, 48.
7. Aulu-Gelle, IV, 3, — V. Maxime, II, I, 4; Denys, II, 25.
8. Manou, IX, 81.

Lorsque le mariage était resté stérile du fait du mari, la nécessité d'avoir un fils le contraignait à des expédients quelquefois bizarres. Un frère ou un parent se substituait à lui, et la femme était tenue de se livrer à cet homme. « Lorsqu'on n'a pas d'enfants, la progéniture que l'on désire peut être obtenue par l'union de l'épouse, convenablement autorisée, avec un frère ou un autre parent (1). » L'enfant issu de cette union comptait au mari. A plus forte raison la veuve restée sans enfants était-elle obligée de se remarier et d'obtenir un enfant qui fît revivre le défunt. C'est là l'explication de la charmante idylle de Ruth et Booz dans la Bible. Lorsque Ruth recherche l'union de Booz, elle accomplit un office de piété envers le fils de Noémi, son défunt mari. L'enfant né de cette union devait être le représentant du défunt et réclamer sa part d'héritage dans les biens de la tribu.

La nécessité de se procurer un héritier a fait trouver encore un autre détour. Dans l'Inde, comme en Grèce, lorsque le père n'avait qu'une fille, celle-ci était chargée de lui fournir l'héritier désiré : « Celui qui n'a pas d'enfant mâle, dit la loi de Manou, peut charger sa fille de lui donner un fils, qui devienne le sien et accomplisse en son honneur la cérémonie funèbre. » Le père doit signifier au mari le but qu'il recherche : « Je te donne, parée de bijoux, cette fille qui n'a pas de frère ; le fils qui en naîtra sera mon fils et célébrera mes obsèques (2). » L'enfant né d'une pareille union s'appelait *putrikâ-putra*. « Entre le fils d'un fils et le fils de la putrikâ il n'y a dans ce monde aucune différence suivant la loi, puisque le père du premier et la mère du second descendent du même homme (3). » En Grèce, la fille sans frère devait être épousée

1. Manou, IX, 59.
2. Manou, IX, 127, 136; Vasishta, XVII, 16. — 3. *Id.*, IX, 13.

par le parent le plus proche, qui devenait héritier. La fille s'appelait *épiclère*, c'est-à-dire celle qui passe avec l'héritage (1) ; d'autres auteurs l'appellent *patroïoque* (2). La loi de Gortyne règle très minutieusement tous les cas qui peuvent se présenter à l'occasion des filles épiclères. L'obligation de les épouser incombait aux parents suivant les degrés de succession, et si le proche parent était marié, il devait répudier sa femme pour épouser l'épiclère (3).

Lorsque les moyens naturels n'étaient pas possibles, on avait recours aux moyens légaux. L'adoption fut de bonne heure en usage chez les peuples aryens. Par une de ces fictions si fréquentes dans les législations primitives, la formule législative et la cérémonie religieuse étaient censées produire le même effet que la génération naturelle : « Celui à qui la nature n'a pas donné un fils, dit la loi de Manou, peut en adopter un pour que les cérémonies funèbres ne cessent pas (4). » « Tous ceux qui voient arriver la mort, dit Isée, se préoccupent de ce qui viendra après eux, de la pensée de ne point laisser leur maison déserte, d'avoir au contraire quelqu'un qui apporte à leurs mânes les offrandes nécessaires, et qui leur rende tous les honneurs consacrés par l'usage. Lors donc qu'on est exposé à mourir sans enfants, on s'en crée et on en laisse derrière soi au moyen de l'adoption. Et ce n'est pas là une préoccupation que les particuliers soient seuls à ressentir; l'Etat lui-même en est touché et le témoigne publiquement, car la loi confie à l'archonte le soin de veiller à ce que les maisons des citoyens ne deviennent jamais désertes (5). » « Adopter dit Cicéron, c'est demander à la religion et à la loi ce qu'on

1. Isée, VIII, 31, X, 12; Démosthène, *Contre Stéphane*, II, 20.
2. Hérodote.
3. Isée, III, 64; Démosth., *C. Eubol.* 41.
4. Manou, X, 10.
5. Isée, *Hérit. d'Apollodore*, 30.

n'a pas pu obtenir de la nature (1). » L'adoption se faisait à Athènes par la déclaration solennelle devant la phratrie ou le dème ; à Rome par une loi votée par le peuple (2). L'acte législatif était accompagné d'une cérémonie religieuse analogue à celle qui marquait la naissance d'un fils. L'adopté était initié au culte de sa nouvelle famille, « in sacra transiit », comme disaient les Romains ; il était assimilé à un fils légitime et devenait étranger à sa famille naturelle.

Ces divers moyens de se créer une postérité, la substitution d'un tiers dans le lit conjugal, le mariage de la fille épiclère, l'adoption, suffirent aux Hindous. Les Grecs allèrent plus loin. Ils admirent un moyen plus simple et plus expéditif qui devait assurer le même résultat, et demeurer, par la suite, une des institutions fondamentales de la société humaine. Ce moyen fut le testament.

1. Cicéron, *Pro domo*, 13, 14.
2. Aulu-Gelle, V, 19.

## CHAPITRE II

# LE TESTAMENT GREC

---

Les Grecs, avec leur rapidité d'intuition et leur esprit peu formaliste, avaient bientôt compris que l'acte d'adoption, si important pour les citoyens privés d'enfants, pouvait être scindé en deux opérations distinctes et séparables, qu'il était permis de réaliser à des époques différentes et sans le concours des mêmes personnes. Dans l'adoption ordinaire telle qu'elle se pratiquait à Athènes, il y avait d'abord le choix du père de famille, qui désignait la personne à adopter, et ensuite la formalité qui rendait cet acte public et valable aux yeux de la cité. Cette formalité consistait dans la présentation de l'adopté aux parents et son inscription dans les livres de la phratrie ou du dème. Qu'est-ce qui empêchait le citoyen, pris au dépourvu par l'approche de la mort, de déclarer son choix à un certain nombre de témoins, de procéder même à l'initiation de l'adopté au culte de la famille et d'abandonner à celui-ci le soin de poursuivre son inscription dans les registres publics après sa mort ?

C'est ce qui arriva de bonne heure à Athènes. On admit comme valable la désignation de l'héritier faite devant témoins, de quelque manière que ce fût, pourvu que la volonté du testateur fût certaine. Lorsque la déclaration était écrite, le sceau du disposant faisait foi de l'*authenticité* de l'acte. Quelquefois, on supprimait toute solennité. Lysias nous raconte que Diodote, partant pour la guerre, appela sa femme et son frère, leur fit ses adieux et remit à ce dernier son testament, où il l'instituait tuteur de ses enfants (1). D'autres fois on confiait le testament à l'archonte. Celui-ci pouvait aussi être appelé au lit de mort et recevait les dernières déclarations du moribond. Le plus ordinairement, on employait la forme mystique : le testateur faisait venir des témoins, auxquels il ne lisait pas l'acte, mais il le déposait devant eux, bien cacheté et scellé, entre les mains d'un citoyen.

Les codicilles étaient très fréquents. La révocation des testaments était entourée de garanties. Le testament était-il authentique, c'est-à-dire fait devant l'archonte, le testateur qui avait changé d'avis devait comparaître de nouveau devant lui pour notifier son changement de volonté. L'acte était-il déposé entre les mains d'un particulier, celui-ci devait être cité devant l'archonte, et c'est devant ce magistrat qu'il remettait le testament à celui qui le lui avait confié. Pendant longtemps ces formalités ne suffisaient pas par elles-mêmes; l'adoption contenue dans le testament devait être directement révoquée par une répudiation formelle du fils, cérémonie qui portait le nom de ἀποκήρυξις (2).

Le testament dont nous venons d'esquisser les formes, n'était, nous le répétons, qu'un procédé plus expéditif pour réaliser une adoption *in extremis*. A Athènes on ne pouvait

1. Lysias, XXXII, 5.
2. Isée, *Hérit. de Philoctemon*, p. 139.

hériter qu'en qualité de fils, et l'héritier créé par la volonté du testateur n'était qu'un fils adoptif : d'où il résulte que les citoyens ne pouvaient tester que lorsqu'ils n'avaient pas d'enfants. Voici en effet le texte de la loi de Solon sur les testaments, telle que la cite fidèlement Démosthène (1) : « Quiconque n'avait pas été adopté avant l'époque où Solon est devenu archonte, à moins qu'il n'ait renoncé à l'adoption ou qu'il n'ait obtenu l'envoi en possession (2), peut disposer librement de ses biens par testament en faveur de qui il lui plaît, pourvu qu'il n'ait pas d'enfants mâles de son sang, qu'il n'ait pas l'esprit troublé par l'influence de la folie ou de la vieillesse, ou du poison ou de la maladie, ou par les suggestions d'une femme, et qu'il ne soit ni contraint ni privé de sa liberté. » Dans un autre endroit, Démosthène cite cette loi sous une forme plus concise : « Si un homme, étant sans enfants et libre de disposer de ses biens, adopte un fils, que sa volonté soit exécutée (3). »

Le testament était tellement identique à l'adoption qu'il était interdit aux pères d'employer cette forme pour faire un partage entre les enfants ou pour avantager l'un d'eux au détriment des autres : « Quand on a des fils naturels et légitimes, on ne donne pas par testament à l'un d'eux telle ou telle chose particulière, parce que c'est la loi qui remet au fils la fortune des pères, et qu'elle ne permet pas à ceux qui ont des enfants naturels et légitimes de prendre des dispositions testamentaires (4). »

L'adoption était non seulement le fondement de la suc-

1. Démosthène, 2me *disc. contre Stéphane*, *Dareste*, *Plaidoyers de Démosth.*, II, p. 30.
2. Ce préambule veut dire, suivant le commentaire de Démosthène lui même (*ibid*): « Quiconque est entré dans sa famille non par adoption mais par naissance légitime ».
3. *Démosth. contre Léocharès*, *Dareste*, II, p. 95.
4. Isée, *Hérit. de Philoctémon.*

cession testamentaire, mais aussi le principe de la succession légitime. Les successeurs ab intestat héritaient en qualité de fils adoptif. Voici comment s'expriment des collatéraux revendiquant une succession ab intestat : « Mais puisque aujourd'hui la prétention de nos adversaires se trouve condamnée, nous demandons à recueillir l'héritage d'Archiadès; *nous demandons que le fils adoptif soit pris parmi nous*, qui n'avons pas été adoptés d'abord. » En effet, ce qui fait la succession c'est la représentation du défunt et la continuation de son culte. En développant leurs prétentions, les héritiers d'Archiadès montrent très bien que la succession athénienne a surtout un caractère moral, auprès duquel le bénéfice pécuniaire n'est qu'un accessoire : « En effet, disent-ils, si le législateur impose aux plus proches en degré, la charge de venir en aide aux membres nécessiteux de la famille et de doter les femmes, n'est-ce pas avec raison qu'il leur donne en compensation les successions *et une sorte de droit sur les biens*? (1) »

L'adoption persiste alors même qu'il y a institution pour partie. Isée nous raconte le cas d'un citoyen qui, n'ayant pas d'enfants, laissa au fils d'un de ses amis une partie de sa fortune, en l'adoptant par acte testamentaire. « Ce Dicéogène, dit-il, est ainsi devenu pour le tiers de l'héritage le fils adoptif de Dicéogène, fils de Ménéxène, notre oncle (2). »

L'adoption étant ainsi le fondement de la succession autre que celle des fils légitimes, il résulte que la succession des agnats est subsidiaire et subordonnée à la succession testamentaire. Le choix du père de famille passe avant celui de la loi. A l'origine, ce fut la phratrie qui, à défaut d'un testament, se chargeait de fournir un fils adoptif au

1. *Démosth., contre Léocharès, Dareste*, II, p. 80.
2. Isée, *Hérit. de Dicéogène*, 36.

défunt. Elle donnait mission à l'un des siens d'occuper la maison vacante et d'entretenir la flamme du foyer. Plus tard, ce fut la loi elle-même qui régla l'ordre des successions. Elle établit les degrés suivant lesquels les collatéraux devaient se charger de représenter eux-mêmes le decujus, ou de lui fournir un héritier soit en épousant la fille épiclère, soit en la dotant pour la marier à un autre. Les ascendants étaient exclus de cette succession; ils ne pouvaient pas devenir les enfants adoptifs de leurs descendants (1).

A côté de la succession testamentaire et ab intestat, nous en trouvons une autre qui présente de grandes analogies avec une institution énigmatique du droit romain, l'*usucapio pro herede*. Lorsqu'un citoyen est mort sans enfants et sans testament, et qu'aucun de ses parents ne s'est présenté pour recueillir l'héritage, le premier venu peut s'en emparer, en se portant fils adoptif du défunt et en s'inscrivant comme tel dans les registres publics. C'était là une adoption posthume et spontanée de la part de l'héritier

« Quant à Léocratès, disent les plaideurs dans le procès sur l'héritage d'Archiadès, *il posséda le patrimoine d'Archiadès, il s'en porta héritier pendant plusieurs années*, comme s'il eût été fils adoptif de ce dernier (2). » Personne ne songe à attaquer la validité de cette succession. Seulement l'héritier improvisé par lui-même prête le flanc à l'attaque par une autre disposition, qui nous révèle une nouvelle particularité du droit de succession à Athènes. L'héritier testamentaire devenait le fils du défunt par adoption, et il était tenu de lui procurer une lignée de descendants. Mais il ne pouvait pas les créer par voie

1. G. Perrot, *L'éloquence judiciaire et politique à Athènes*, p. 381 et suiv.
2. *Démosth.*, *contre Léocharès*, *Dareste*, II, page 80.

d'adoption. En d'autres termes, il ne pouvait pas tester sur les biens acquis par testament ; « testament sur testament ne valait. » Pour faciliter les adoptions, la loi avait permis à l'héritier testamentaire de rentrer dans sa famille naturelle et de répudier celle du testateur une fois qu'il avait laissé dans celle-ci un fils qui pût continuer le défunt. C'est ce qu'avait fait Léocratès, qui s'était porté par lui-même héritier d'Archiadès. Il rentra dans sa famille paternelle, après avoir laissé un fils dans la maison d'Archiadès. Ce fils et le fils de ce fils imitèrent son exemple, en ayant toujours soin de laisser un représentant au foyer d'Archiadès. Mais le dernier des représentants étant mort sans enfants, la famille chercha à lui substituer un héritier par voie d'adoption posthume. Ils inscrivirent à la hâte dans les registres du dème de Léocratès un des leurs comme fils adoptif du dernier décédé. C'était là une adoption sur adoption. Les collatéraux d'Archiadès attaquèrent ce procédé : « Nous sommes par les mâles et dans l'ordre des degrés les plus proches parents d'Archiadès. Des descendants qu'il s'est donnés par adoption (posthume) les uns sont retournés dans la maison paternelle, le dernier laissé dans la famille adoptive est mort sans postérité. Dans cette situation, nous prétendons recueillir l'héritage... Le fils adoptif n'a jamais le droit d'introduire dans la maison d'autres fils adoptifs. Il doit y laisser un enfant procréé par lui, ou, à défaut, rendre la succession aux lignes collatérales (1). » Et un peu plus loin : « La loi de Solon ne permet pas au fils adoptif de disposer par testament des objets qui se trouvent dans la maison adoptive. »

La grande facilité des adoptions posthumes, jointe au caractère privé des testaments, devait jeter le plus grand trouble dans le règlement des successions. Rien n'était plus

1. *Démosth., contre Léochārès, Dareste, II,* pages 78 et 80.

facile que de s'improviser héritier spontané d'un riche défunt ou même de se prétendre désigné par le choix verbal de celui-ci. En effet, le testament n'était pas nécessairement écrit, les témoins étaient faciles à trouver, et les juges chargés de décider de la succession étaient des jurés, des jurés athéniens, c'est-à-dire les plus impressionnables, les plus légers, les moins attachés à la lettre de la loi. Un rien suffisait pour renverser un testament ; les considérations d'équité les plus frivoles décidaient souvent les juges à violer les dispositions de la loi, à méconnaître même l'intention manifeste du testateur. Aussi la chasse aux héritages devint presque une profession. Lorsqu'une succession un peu importante venait à s'ouvrir, on voyait apparaître une nuée de candidats, dont chacun se prétendait spécialement appelé par la volonté du défunt. « Combien on vit paraître de prétendus parents et de fils, qui se disaient adoptés par acte testamentaire de Nicostrate (1). » Le plus grand nombre des procès — et l'on plaidait beaucoup à Athènes — portait sur des questions de succession. Isée put acquérir à une grande fortune, rien qu'en préparant des plaidoyers pour et contre les coureurs d'héritages.

La conséquence fatale de ces abus fut que le testament perdit peu à peu sa signification première et le caractère qui avait fait sa raison d'être. Dans les derniers temps de la décadence grecque, la mission religieuse et morale du testament avait disparu ; les citoyens n'y voyaient plus qu'un acte purement pécuniaire, destiné à régler le sort de leur fortune. L'héritier institué n'était plus un fils, ni un représentant religieux, mais un chargé d'affaires, un mandataire institué pour accomplir les dernières volontés du mourant. Ce mandataire, appelé κύριος ou ἐπίτροπος, gérait la for-

1. Isée, *Hérit. de Nicostrate.*

tune, acquittait les legs, payait les dettes, et servait quelquefois de tuteur aux enfants mineurs du défunt. « Que Nicanor, dit le testament d'Aristote, soit kyrios sur l'enfant (Nicomaque, fils du philosophe) et, quant aux autres choses, qu'il y pourvoie de la manière la plus digne de lui et de moi (1). » Plus tard le kyrios n'était plus nécessaire ; le testament ne contenait que des legs. Lorsque les legs arrivaient à épuiser la plus grande partie de l'actif, ce qui amenait les héritiers légitimes à répudier la succession, les légataires étaient grevés du passif, et le testament pouvait ainsi être exécuté sans héritier. Une bonne fortune nous a conservé les testaments d'Aristote, de Straton, de Lycon, de Théophraste et d'Epicure. Ceux de Straton, de Lycon et de Théophraste ne contiennent que des legs, et ce devait être une pratique bien admise, puisque Théophraste, auteur de plusieurs ouvrages de jurisprudence, était un jurisconsulte de valeur, le seul peut-être que la Grèce pût opposer à ceux de Rome.

1. Bruns, *Die Testamente der Philosophen* dans *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. I. V. aussi Schulin, *Das griechische Testament verglichen mit demr ömischen*, Bâle, 1882.

## CHAPITRE III

# LE TESTAMENT CALATIS COMITIIS

La pratique des testaments apparaît aux origines mêmes de Rome. Procas, roi d'Albe, aïeul de Romulus et de Rémus, lègue son royaume à Numitor, l'aîné de ses fils (1). Acca Larentia, la nourrice de Romulus, lègue sa fortune à celui-ci suivant les uns, au peuple romain suivant d'autres (2). Démarate de Corinthe, réfugié en Etrurie, teste au profit de son fils Lucumon (3), lequel, nommé par Ancus Martius tuteur testamentaire de ses enfants (4), devint cinquième roi de Rome sous le nom de Tarquin l'Ancien. Ces cas, authentiques ou apocryphes, démontrent au moins que dans la conviction des Romains les testaments devaient remonter à une haute antiquité. Si l'on tient compte aussi de la vénération que les Romains ont toujours professée pour l'acte de dernière volonté, on est porté à regarder leur croyance touchant l'âge des testaments comme n'étant pas tout à fait sans fondement.

1. Tite-Live, I, 3.
2. Aulu-Gelle, VI, 7.
3. Tite-Live, I, 34. — 4. *Ibid.*

On ne sait à peu près rien du testament, tel qu'il devait fonctionner à l'époque des rois. Le premier renseignement que nous possédions, est un fragment de la loi des XII Tables, de trois siècles postérieur à la fondation de Rome. Ce texte, ainsi formulé : « Uti pater legassit super pecunia « tutelave rei suæ ita jus esto », valide les dispositions de dernière volonté, mais il ne dit rien de la nature du testament, ni de ses rapports avec la succession ab intestat ; encore ces termes paraissent-ils se rapporter plutôt aux legs et aux tutelles qu'à la véritable institution d'héritier. Ce que l'on sait, néanmoins, c'est qu'à toutes époques historiquement connues et sous les différentes formes qu'il a pu revêtir, le testament romain a toujours présenté un caractère particulier qui le distingue nettement du testament grec.

Son but n'est ni de créer un fils, ni de transmettre simplement la fortune; il institue un héritier, qui doit continuer le défunt, sans être son parent. Jamais il n'est dit que l'héritier entre dans la famille du testateur ; souvent il ne reçoit aucune libéralité des mains de celui-ci, la fortune étant distribuée en différentes sortes de legs qui l'épuisent. Et cependant, malgré la ténuité du lien qui rattache l'héritier institué à l'héritage, aucune disposition dernière, legs ou tutelle, ne vaut que par l'existence et l'acceptation de l'héritier testamentaire. « Heredis institutio, dit Gaius, caput et fundamentum totius testamenti (1). » En second lieu contrairement à ce qui se passait à Athènes, le testateur pouvait instituer un héritier alors même qu'il y avait des enfants en présence. Bien plus, ces enfants eux-mêmes pouvaient être institués héritiers, ce qui aurait été un non-sens à Athènes, les enfants ne pouvant pas être adoptés par leur propre père. A l'inverse ils pouvaient aussi être exhérédés. Enfin, l'institution testamentaire est

1. Gaius, II, 229. — Inst., II, XX, 34.

définitive. L'héritier institué a la faculté de tester des biens acquis par testament ou de se créer une famille adoptive; les agnats ne peuvent soulever aucune réclamation. « Semel heres, disent les textes, semper heres (1). » Ce sont autant de différences fondamentales qui distinguent le testament romain du testament athénien.

Le caractère particulier du testament romain présente encore de l'intérêt à un autre point de vue très important.

La loi des XII Tables, que nous avons citée plus haut, semble proclamer la liberté testamentaire la plus complète. On dirait, à en juger d'après les apparences, que le père de famille romain pouvait, dès l'origine, disposer de tous ses biens, sans tenir compte des intérêts de la famille. Il faudrait en conclure que le peuple romain a débuté par la propriété individuelle, contrairement à ce qu'on a pu constater chez tous les peuples primitifs.

On sait, en effet, que les sociétés primitives ont commencé par la propriété collective, dont le principe est incompatible avec le droit de libre disposition du père de famille. Cela tenait, nous l'avons vu, au caractère corporatif de la famille, à son existence de personne civile, dont le père était le gérant autorisé mais temporaire, et purement représentatif. Les biens les plus importants, notamment la terre, constituaient un domaine patrimonial, qui se transmettait héréditairement de génération en génération. Quelquefois cette propriété était absolument inaliénable, comme nous le voyons encore aujourd'hui chez certains Slaves; plus souvent encore, quoique non défendues d'une manière absolue, les aliénations étaient virtuellement impossibles à cause du grand nombre de consentements qu'il fallait recueillir, comme cela existait chez les tribus germaniques, et très probable-

1. L. 88, Dig. *De hered. inst.*, XXVIII, 5.

ment chez toutes les tribus aryennes dans l'antiquité. Ce que le père ne pouvait faire de son vivant, il le pouvait encore bien moins par acte de dernière volonté ; la tentation de dépouiller la famille eût été alors plus grande et d'une exécution plus facile. Aussi le testament ne pouvait-il pas naître dans les premières sociétés ; il aurait été dans ce milieu un non-sens et une impiété.

Lorsque nous avons étudié le testament à Athènes, nous nous sommes bien trouvé en présence d'une société qui pratiquait déjà la propriété individuelle ; mais, même à cette époque, la communauté primordiale n'était pas encore entièrement effacée. Les parents, la phratrie, le dème, exerçaient encore des droits assez sérieux sur le père de famille. La loi de Solon ne défendait pas l'aliénation du patrimoine héréditaire, mais elle frappait le vendeur de la perte des droits de citoyen (1). A Sparte, il était formellement défendu de vendre sa terre (2). Même défense dans les lois de Locres et de Leucade (3). Phidon de Corinthe, législateur du neuvième siècle avant notre ère, prescrivait que le nombre des familles et des propriétés restât immuable, ce qui suppose que les patrimoines étaient inaliénables (4). Aristote affirme la même chose d'un grand nombre de cités grecques (5). Dans ces conditions, si le testament était permis, il ne pouvait pas avoir pour but de faire passer le patrimoine des aïeux à un étranger, au détriment des proches parents. Aussi n'était-ce pas là, comme nous l'avons vu, le caractère du testament athénien. Ce testament avait pour mission de créer une famille à celui qui n'en avait pas, de procurer au citoyen une postérité que le mariage n'avait pu lui donner. Ce n'était pas

1. *Eschine contre Timarque*, Diogène Laërce, I, 55.
2. Plutarque, *Lycurgue*, *Agis*; Aristote, *Polit.*, II, 6, 10.
3. Aristote, *Polit.*, II, 4, 4.—4. Id., *Ibid.*, II, 3, 7. — 5. Id., *Ibid.*, VII. 2.

là agir contre la famille, mais la favoriser. A Rome, nous trouvons un père de famille, qui peut disposer de l'héritage paternel au profit d'un étranger, sans l'adopter. Ce ne sont plus les parents, qui sont frustrés de leurs droits; les enfants eux-mêmes peuvent être exhérédés. Cela constitue une nouveauté, qui étonne et arrête. Il semblerait que Rome eût débuté par la propriété individuelle, et que la marche que les institutions sociales ont suivie chez tous les peuples de l'antiquité, eût pris un autre cours à la naissance de celui-ci, pour faire éclore et imposer au monde un droit entièrement nouveau.

Déjà la singularité de ce phénomène devrait nous mettre en garde et nous faire réfléchir. Il n'y a pas de génération spontanée dans l'histoire, pas plus que dans la nature. Le peuple romain aurait-il acquis, dès l'origine, la notion de la liberté testamentaire, par une sorte de révélation juridique due à son génie particulier ? Faut-il croire que la famille a toujours été sacrifiée à Rome ? Pour répondre à ces questions, il importe que nous examinions de près l'organisation primitive de la cité romaine. Bien que le sujet présente de très grandes obscurités et qu'il soit très difficile de se prononcer nettement sur les anciennes institutions civiles de Rome, nous croyons devoir en donner au moins une esquisse générale, sans laquelle il serait impossible de saisir la signification véritable du testament calatis comitiis.

La cité de Rome a été formée par une réunion de familles patriciennes. C'étaient les gentes des trois tribus, les *Ramnes*, les *Tities* et les *Luceres*, qui par leur fusion, sous un même chef et un même culte national, ont constitué le peuple des Quirites. Il y avait bien à côté des patriciens d'autres ressortissants à la cité : les clients et les plébéiens Mais la situation de ces derniers était essentiellement inférieure; les *gentes* seules constituaient la cité. Après la

fusion des trois tribus, les *gentes* étaient au nombre de trois cents, et constituaient des divisions aussi bien civiles et religieuses que politiques et militaires. Ce dernier aspect de la gens est à relever. C'est le grand mérite de Niebuhr d'avoir démontré l'identité de la gens avec la décurie (1). Celle-ci était une sous-division militaire de la curie, corps politique et guerrier, que Denys d'Halycarnasse et Appien assimilent à la phratrie grecque (2). L'armée comptait de la sorte trois cents décuries, de même que le Sénat comptait trois cents patres, un par gens. Le groupe de cent familles s'appelle aussi *centuria*. La légende rapporte que Romulus aurait distribué dès l'origine deux arpents de terre à chaque père de famille (3); pareille distribution se faisait plus tard toutes les fois qu'on établissait une colonie militaire. Or, deux cents jugera constituaient une centurie (4). Les *bina jugera* de chaque colon constituaient l'*hortus* ou *heredium* patrimonial, qui était probablement inaliénable. A Rome, les deux arpents ne suffisaient pas, naturellement, aux pères de famille patriciens. L'État y ajoutait des concessions en précaire de l'*ager publicus;* d'autre part, les bois et les pâturages étaient communs. On aperçoit aisément par ces détails que la cité de Rome ne reposait pas sur une division territoriale. Ce qui faisait la cité, c'était la confédération des gentes, c'est-à-dire une affiliation personnelle, qui n'avait aucun égard au territoire. On a pu dire, à juste raison, que Rome a été une fédération de *patres* (5). Aussi toute l'organisation politique et admi-

1. Niebuhr, *Röm. Gesch.*, I, p. 317.
2. Denys, II, 85; Appien, *Bell. civ.*, III, 94.
3. Varron, *De re rust.*, I, 10 : « Bina jugera quod a Romulo primum divisa (dicebantur) quæ viritim (quod) hæredem sequerentur hæredium appellarunt. »
4. Festus, v° Centuriatus ager in ducenta jugera definitus; quia Romulus centenis civibus ducenta jugera tribuit.
5. Giraud, *Des successions*, Acad. des Sc. mor. et polit., 1879, févr.-mars.

nistrative de la ville reposait sur les têtes des patres (1). La contribution pécuniaire, le *tributum*, était payé non pas pour les terres, mais par tête, *viritim* (2). Le cens, qui depuis Servius Tullius devint la base de l'organisation politique et militaire, était fixé par *caput*, c'est-à-dire par tête d'homme *sui juris* (3). L'expression *caput* désignait à la fois la capacité civile et la situation de père de famille.

En réalité, parmi tous les membres de la famille, le père possédait seul la pleine capacité civile, ou plutôt les capacités des autres s'absorbaient dans la sienne. Il s'identifiait avec la famille et la dominait en maître. La maison tout entière se trouvait dans sa main; aussi le pouvoir dont il disposait sur les personnes et sur les biens s'appelait d'un seul nom, la *manus*. Ce n'est que plus tard que, sous l'action du temps et du progrès, cette puissance se subdivisa en plusieurs : la *manus* proprement dite sur la femme, la *patria potestas* sur les enfants, et le *dominium* sur les esclaves et sur les biens. Mais, même après leur séparation, ces pouvoirs gardaient encore quelque chose de commun, qui tendait à les confondre. La femme était traitée comme l'enfant du mari : « Uxor quæ in manu, dit « Gaius, filiæ loco est (4). » Les enfants pouvaient être vendus (5), revendiqués (6), comme des biens; jusqu'à Justinien, ils pouvaient faire l'objet d'un furtum (7). D'autre part, le pouvoir sur les esclaves était un pouvoir paternel. Lactance

1. C'est Servius Tullius qui a fait la première division territoriale de Rome (Denys, IV, 14).
2. Tite-Live, I, 42; Denys, IV, 83.
3. Tite-Live, XVIII, 14.
4. Gaius, III, 3.
5. Gaius, I, 132.
6. L. 1. § 2, Dig., *De rei vindic.*, VI, I.
7. Serv. *ad Æneid.* XI, 143 : Filii servi loco sint parenti. Denys, II, 27 : δοῦλος τοῦ πατροὺς ἦν.

l'affirme même pour son temps: « Dominum eumdem esse qui « sit pater etiam juris civilis ratio demonstrat; nomen patris « complectitur etiam servos (1)... Unde apparet eundem « ipsum et patrem esse servorum et dominum filiorum (2). »

La loi primitive ne connaissait donc que la *domus*, la maison, et son chef, appelé *pater* ou *dominus :* « pater, qui « in domo dominium habet (3). » Étant seul *caput familiæ*, il avait la capacité appelée *caput.* Il était *suæ potestatis*, *sui juris.* Les autres, étaient des sujets, des personnes *alieni juris.* Ce qui faisait le père de famille à Rome, ce n'était pas la paternité, mais la puissance: « patres « familiarum sunt, qui sunt suæ juris, dit Ulpien (4). » Et il ajoute : « sive puberes, sive impuberes », de même que dans le passage cité plus haut, il dit: « Pater familias « appellatur qui in domo dominium habet ; recteque hoc « nomine appellatur quamvis filium non habeat. » Lors même qu'il n'a pas d'enfants, il a une famille. C'est qu'en effet le mot *familia* (vieux latin *famelia*, dérivé de l'osque *famelo* serviteur, ombrien *famedia*) (5), veut dire tout ce qui est subordonné à la puissance d'un pater (6). Quelquefois on l'applique, dans un sens restreint, à la domesticité, aux *famuli* ou *familiares*, comme aujourd'hui on dit *la maison* pour les gens de maison (7). D'autrefois on l'applique exclusivement aux membres de la famille, aux *sui* et quelquefois aussi aux agnats. On oppose alors *familia* à *domus*. Mais dans leur sens plein, tamilia et domus sont la

1. Lactance, *Div. Inst.*, IV, I, § 9.
2. *Ibid.*, IV, I, 3.
3. Ulp., L. 195, Dig., *De verb. signif.*, L. 16.
4. L. 4, Dig., I, 6.
5. Festus, v° Famuli origo ab Oscis dependet, apud quos servus famel nominabatur, unde et familia vocata est.
6. Le verbe osque *famaum* veut dire avoir un foyer. Comp. *Nissen pompeische Studien*, 499.
7. Phèdre, Fable III, 19, 3. Æsopus domino solus quum esset familia.

même chose, et constituent ce que les Romains appellent la *res sua* du père de famille (1).

L'unité de la maison est le fondement de la cité romaine. « Una domus, dit Cicéron, omnia communia ; id autem est « principium urbis et quasi seminarium reipublicæ (2). » Dans la maison une, toutes les choses sont communes; c'est là le principe de la cité et pour ainsi dire la pépinière de la République. Ce résultat est obtenu par la *patria potestas.* Tout, dans le domaine privé, semble exister en vertu et en vue de cette puissance. Le mariage ne paraît qu'un moyen de la créer (3). La parenté repose moins sur le lien du sang, que sur la patria potestas. On appelle parents, à Rome, *agnati*, non pas ceux qui descendent d'un ancêtre commun, mais ceux qui se trouvent ou se sont trouvés jadis sous la même puissance paternelle. « Jure proprio « familiam dicimus plures personas quæ *sicut sub unius « potestate* aut natura aut jure subjectæ... communi jure « familiam dicimus omnium agnatorum ; omnes *qui sub « unius potestate fuerunt* recte ejusdem familiæ appella- « buntur, quia *ex eadem domo* et gente prodititi sunt (4). » La descendance par les mâles a été le fondement de la parenté chez tous les peuples anciens ; mais aucun n'a appliqué ce principe avec la rigueur que l'on rencontre à Rome. Ainsi les Athéniens admettaient les parents par les femmes, les cognats, à peu près sur la même ligne que les agnats, au bénéfice de la succession légitime (5). La loi romaine n'a jamais reconnu que les agnats: ce n'est que lorsque la rigueur de la loi civile a commencé à céder sous l'influence

1. Loi des XII Tables, V.
2 Cic., *De Off*, I, 17.
3. Gaius, L. 3, Dig., I, 6.
4. Ulp., L. 195, § 2, Dig., L. 16.
5. Gans, *Erbrecht*, etc., I, p. 579.

de l'équité prétorienne, que les cognats sont arrivés à faire valoir des droits à Rome.

Mais la puissance paternelle romaine présente encore un caractère particulier, en ce qui concerne la condition des enfants. Les jurisconsultes romains répètent à l'envi que la patria potestas est une institution exceptionnelle, propre à leur cité; « Quod jus proprium est civium Romanorum est, dit Gaius; fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus ; nec me præterit Galatarum gentem credere in potestate parentum liberos esse (1). » Denys d'Halycarnasse est plus explicite ; il montre très bien comment l'organisation spéciale de la puissance paternelle chez les Romains a été la véritable cause de la grandeur de ce peuple : le tableau qu'il en trace est si saisissant, que nous allons le donner en entier. « Les lois romaines « sur l'obéissance des enfants et leur piété envers leurs « parents présentent une importance et un éclat tout particuliers, et dépassent de beaucoup les nôtres. Les législateurs grecs, en effet, ont donné un terme assez court à la « puissance paternelle ; les uns l'ont maintenue jusqu'après « la troisième année de la puberté, d'autres tant que le fils « restait célibataire ; d'autres finalement, jusqu'à ce que le « nom du fils fût porté parmi ceux qui sont dignes des fonctions publiques. Et contre les enfants fautifs ils ont établi « des peines peu graves, en permettant aux pères de les « chasser de la maison et de les exhéréder, mais pas plus. « Mais des peines légères ne peuvent pas réfréner la folie de « la jeunesse, ni la férocité de la nature ; elles ne peuvent pas « non plus ramener les contempteurs des choses honnêtes à la « tempérance. C'est pourquoi chez les Grecs les enfants com-

1. Gaius, I, § 55.

« mettent beaucoup de choses honteuses envers leurs pa-
« rents. Mais le législateur romain a concédé au père la toute-
« puissance sur le fils ; il peut, durant toute sa vie, le jeter en
« prison, le frapper du fouet, le retenir enchaîné au travail
« des champs, ou le tuer, alors même que le fils administre-
« rait déjà la République, et compterait parmi les magistrats
« les plus élevés, et serait loué pour son zèle pour la chose
« publique. En vertu de cette loi, on a vu des hommes illus-
« tres prononçant au forum des harangues hostiles au Sénat
« et agréables à la plèbe et qui étaient partout très célèbres,
« arrachés de la tribune et emmenés par leurs pères, qui
« leur appliquaient des peines suivant leur appréciation. Et
« pendant qu'on les emmenait au milieu du forum, personne
« ne pouvait les délivrer, ni le consul, ni le tribun de la
« plèbe, ni la foule elle-même, qui tous approuvaient cela ;
« car toute autre puissance était considérée comme infé-
« rieure à celle du père. Je ne dirai pas combien d'hommes
« puissants ont été tués par leur père, parce qu'ils s'étaient
« laissés entraîner à un acte courageux, malgré les ordres de
« celui-ci ; comme cela est arrivé à Manlius Torquatus et à
« beaucoup d'autres. Mais cela ne suffit pas encore au légis-
« lateur ; il permit au père de vendre son fils. Et en lui per-
« mettant de tirer profit de son fils en le vendant trois fois, il
« lui a accordé une puissance plus grande que celle du maître
« sur l'esclave. Et cette loi, les premiers rois de Rome l'ont
« observée comme la plus importante de toutes (1). »

Cette puissance a réellement quelque chose d'étrange et d'insolite, qui fait qu'on ne la rencontre nulle part ailleurs, et qu'à Rome même elle a dû avoir des causes toutes particulières. Quelque sainte que soit l'autorité du père chez les anciens, quelque étroit qu'ait été le lien de la famille chez

1. Denys, II, 26 et suiv.

les peuples aryens et sémitiques, aucun d'eux ne présente ce pouvoir absolu ni cette discipline de fer. Il faut réellement une raison exceptionnelle pour que, dans une société aussi active et aussi rapidement développée que celle de Rome, les fils de famille aient pu rester, durant toute la vie de leur père, dans une sujétion aussi pénible. Cette raison quelle peut-elle être? Il n'est pas difficile de la trouver. Nous avons vu tout à l'heure que les gentes romaines se trouvaient dans un certain rapport avec les curies, décuries et les autres divisions militaires. La légende, certainement mythique en bien des points, doit au moins être crue sur ce point fondamental que Rome a été une colonie militaire fondée par Romulus, « urbs nova condita vi et armis, » comme dit Tite-Live (1). Que, la cause en ait été une émigration d'Albe à la suite des démêlés entre Numitor et Amulius, ou simplement un *ver sacrum* (2), il est toujours presque certain que cette colonie était composée de Latins établis en pays sabin, et que pendant longtemps, avant la fusion complète des deux races, elle a dû se tenir sur le qui-vive et armée jusqu'aux dents. Une discipline très sévère s'imposait en pareil cas. La légende nous rapporte encore que Romulus, législateur en même temps que fondateur de la cité, a posé les bases de la plupart des institutions romaines, et que notamment il a créé la puissance paternelle (3). N'est-il pas visible que cette création se rattache à l'ensemble de l'œuvre de Romulus, et qu'elle est due à la même inspiration religieuse et militaire ?

1. Tite-Live, I, 19.
2. Festus, v° *Ver sacrum* vovendi mos fuit Italis-Magnis enim periculis adducti vovebant quæcumque proximo vere nata essent apud se animalia immolaturos. Sed quum crudele videretur pueros ac puellas innocentes interficere perductos in adultam ætatem velabant atque ita extra fines suos exigebant; Comp. Denys, I, 16.
3. Denys, II, 26.

Il est hors de doute que l'organisation de la famille, de même que son culte, ont préexisté à la fondation de Rome; ces institutions font partie du fond commun des Italiotes et des peuples aryens en général. Mais le caractère particulier que ces institutions ont pris à Rome est l'œuvre de son fondateur ou plutôt des circonstances qui ont présidé à sa fondation.

Il faut en réalité nous imaginer la Rome primitive, comme le prototype des colonies militaires qu'elle a répandues plus tard en Italie et sur les confins de son futur empire. C'est une cité qui ressemble plutôt à une garnison. Mêlés à une population de race différente, subjuguée ou dépossédée d'une partie de son territoire, les compagnons de Romulus devaient vivre les armes au bras et se trouver prêts à combattre au premier signal de leur chef. En temps ordinaire ils se répandaient dans les champs, chacun dans son *pagus* ou *vicus*, se livrant aux travaux agricoles qui les faisaient vivre. Mais au premier symptôme inquiétant, ils étaient à même de serrer les rangs et de se réunir dans la forteresse, l'Arx ou Capitolium qui dominait de sa hauteur les pays d'alentour. Les divisions militaires étaient probablement établies de telle sorte que les familles et les gentes devaient s'y adapter facilement. Les curies et les décuries n'étaient que des cadres pour les familles. Cette organisation militaire est tellement fondamentale à Rome que le peuple ne porte son véritable nom que lorsqu'il est réuni sous les armes. Il s'appelle alors, dans toute la plénitude de son être et de sa force, *populus Romanus* ; dans les délibérations de la paix, il porte le nom moins expressif de *Quirites*. L'armée réunie pouvait délibérer sur des questions politiques et voter des lois. En un mot, l'*exercitus* était le véritable *populus Romanus*

On comprend maintenant le caractère de la *domus familiaque* à Rome. Sa première base est naturellement le lien du

sang, sanctifié par la religion, mais son organisation et sa destination politiques sont militaires. La famille apparaît à Rome comme une division quasi militaire du peuple, confiée au commandement du paterfamilias. Dans cette petite division, le père est maître absolu. Lorsque les jurisconsultes veulent bien caractériser le droit du père sur le fils ils l'appellent « jus vitæ necisque ». Mais ce pouvoir est une délégation. Les pères naturels le tiennent de la loi de Romulus ; pour les pères adoptifs il faut une loi spéciale. La formule de l'adrogation montre très bien que si un vote des comices est nécessaire pour parfaire cet acte, c'est afin de conférer au père adoptif le droit de vie et de mort sur l'adopté : « Velitis, jubeatis, « Quirites, uti Lucius Valerius Lucio Titio tam iure legeque « filius sibi siet... quo ei vitæ necisque in eum potestas « siet (1). » Le meurtre d'un Romain était un crime contre la chose publique de la compétence des *duumviri perduellionis* ; le père de famille tuant son fils était indemne ; bien plus il avait l'air d'exécuter une sentence prononcée par lui au nom du peuple. Ceci est de la pure discipline militaire.

Ainsi qu'on a pu le voir, le droit privé primitif de Rome se réduit à bien peu de chose. Les rapports des citoyens entre eux appartenaient plutôt au droit public ; quant aux rapports du père de famille avec sa *domus familiaque*, ils étaient réglés par la volonté souveraine du père. Entre lui et ses sujets il n'y avait d'autre loi que celle qu'il imposait lui-même. Il ne faut pas croire cependant que son pouvoir ait été sans limite et sans contrôle. Au-dessus de lui se trouve un pouvoir, qui pénètre toute la vie intime de la famille, et devant lequel le père lui-même doit s'incliner. Ce pouvoir c'est la religion. En même temps qu'il est le chef, le

1. Aulu-Gelle, V, 19.

père est aussi le prêtre de la famille, et en cette qualité il est tenu plus que personne à respecter la volonté des dieux. Il y a donc dans l'intérieur de la *domus*, une loi supérieure à l'autorité du père, c'est le *fas* ou *jus divinum* (1). Si le père se laisse aller à des abus envers sa femme et ses enfants il commet un *nefas* ou une *impietas* ; de même l'enfant qui porte la main contre le père ou un autre membre de la famille, commet un *parricidium*, le crime du droit sacré (2). C'est ainsi que sous le couvert de la religion et par l'action des pontifes se développe un droit spécial qui porte le nom de « ius sacrum ». Cette espèce de droit canonique embrasse presque tous les actes de la vie civile. Ainsi le mariage s'établit par une cérémonie religieuse, appelée *confarreatio*, et qui consiste dans un sacrifice d'épeautre apporté à Jupiter. L'adoption se fait *apud pontifices* par une *sacrorum detestatio*, accompagnée d'une loi, à cause de la patria potestas qui est créée en même temps. La propriété est consacrée par des rites particuliers, dont fait partie le sacrifice au dieu Terme. Les obligations étaient contractées par une *sponsio ad aram maximam*, c'est-à-dire par un serment et une damnation devant l'autel d'Hercule au Forum Boarium. La procédure civile est sortie du rite sacré appelé *sacramentum*. Finalement la répression pénale en matière privée était du pur droit pontifical : le coupable était déclaré *sacer* et abandonné à la vengeance des dieux. L'homo sacer était exclu de la communauté des vivants, et le premier venu pouvait lui courir sus. Le *jus sacrum* a gardé pendant longtemps un empire incontesté ; c'était le droit par excellence des patriciens. A une époque bien ulté-

1. Fas lex divina, ius lex humana. Isidore Hispal, dans Bruns *Fontes juris antiqui*. — Ad religionem fas, ad homines iura pertinent. Serv. *ad Æneid* ; Bruns, Fontes juris antiqui, p. 405.
2. Sacrum sacrove commendatum qui clepsit rapsitque, parricida esto. Cic., *De leg.*, II, 9.

rieure, Pomponius rappelle encore la haute science et l'autorité des pontifes : « Omnium tamen harum (legum) et in-« terpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum « erant, ex quibus constituebatur quis quoque anno præ-« esset privatis (1) ». C'est au point de vue de ce droit sacral qu'il faut se placer lorsqu'on veut étudier les institutions de la vieille Rome patricienne.

Ces préliminaires établis, nous pouvons maintenant aborder directement l'étude du testament calatis comitiis.

Les auteurs nous disent que les vieux Romains ont pratiqué deux espèces de testaments : l'un en temps de paix, appelé *testamentum calatis comitiis*, et l'autre en temps de guerre, dit *in procinctu*. « Initio, dit Gaius, tes-« tamentorum genera duo fuerunt : nam aut calatis comitiis « testamentum faciebant, quæ comitia bis in anno testa « mentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est « cum belli causa arma sumebant (2). » Ce texte contient à peu près tout ce que nous savons des vieux testaments romains. On les faisait en temps de paix devant les comices, qui se réunissaient, à cet effet, deux fois par an.

Et d'abord examinons ce qu'ont été les *calata comitia*. Aulu-Gelle, en énumérant les différentes espèces de comices à Rome, nous dit que les calata comitia étaient le peuple réuni dans un but religieux. « In libro Lælii Felicis ad Q. « Mucium primo scriptum est, Labeonem scribere calata « comitia esse quæ pro collegio pontificum habentur aut « regis aut flaminum inaugurandorum causa... iisdem « comitiis et sacrorum detestatio et testamenta fieri sole-« bant (3). » Dans ces comices, qui se réunissaient devant le

1. L. 2, § 6, Dig., *De orig. jur.*, I, 2.
2. Gaius, II, 101.
3. Aulu-Gelle, XV, 27.

collège des pontifes, on avait l'habitude de consacrer le pontife suprême, qui était le roi au début, et les flamines ; on y faisait aussi la sacrorum detestatio et les testaments. Varron rapporte qu'on appelait aussi comitia calata, la réunion du peuple, le premier de chaque mois (Kalendæ) et aux Nones, pour entendre annoncer les fêtes et les offices religieux, qui tombaient dans le mois (1). Les comices, dont parle Aulu-Gelle, et qui se rapportent aux testaments, ne se réunissaient que deux fois par an, le 24 mars et le 24 mai (2). Ils avaient, comme les autres, un but exclusivement religieux. Quant à leur composition, nul doute qu'au début ils ne comprissent que les curies c'étaient dès *comitia curiata*, les seuls qui aient existé jusqu'à Servius Tullius. Après les réformes de ce roi, on peut se demander si les *comitia centuriata* n'étaient pas aussi *calata*. C'est l'opinion d'un certain nombre d'auteurs, comme Puchta (3) et Hölder (4). Huschke (5), qui est du même avis, pense que les *comitia calata curiata* servaient à l'inauguration des prêtres, et les *calata centuriata* à la consécration des adoptions et des testaments.

Ce point ne présente pas un grand intérêt, si ce n'est qu'il implique, dans l'opinion que nous venons d'exposer, une chose assez curieuse et assez difficile à admettre, savoir la participation des plébéiens aux cérémonies sacrales des patriciens. Aussi croyons-nous que les *calata comitia* étaient exclusivement *curiata*. Il s'agissait dans ces réunions de différentes opérations qui touchaient aux *sacra* des familles, choses éminemment patriciennes et propres aux gentes. Il

1. Varron, *L. Lat*, VI, 27 ; Macrobe, *Saturn.*, I, 15, 9.
2. Ces dates, encore contestées, ont été fixées par Mommsen, *Chronol.* 282, et *R. Staatsrech*, II, p. 36.
3. Hölder *Beitrage zur Gesch. d. röm Erbrechts* p. 44.
4. Puchta, *Cursus der Inst* , III, § 306.
5. Huschke, *Rheinisch. Museum*, VI, p. 291.

y était question de la conservation des cultes et du nombre existant des familles. En quoi ces considérations aristocratiques pouvaient-elles intéresser une assemblée où les gentes se mêlaient à la plèbe, et où le principe patricien et sacral était sacrifié à la fortune et au nombre ? Aulu-Gelle cite à propos des *comitia calata* les *centuriata* aussi bien que les *curiata*; mais ce n'est là qu'une énumération. Dans un autre endroit, il dit expressément que les adrogations se faisaient devant les curies (1). Quant au testament, Dion Cassius l'appelle νόμος φρατριατικός, c'est-à-dire *lex curiata*, puisque les curies romaines correspondaient aux phratries athéniennes (2).

Cicéron atteste que, de son temps, les *comitia curiata* seuls pouvaient s'occuper de choses sacrales : « Nunc quia « prima illa comitia tenetis centuriata et tributa, curiata « tamen auspiciorum causa remanserunt (3). » Nous savons aussi que pendant que les deux espèces de comices fonctionnaient ensemble, les décisions des centuries devaient être confirmées par une *lex curiata* toutes les fois qu'il s'agissait d'une question qui touchait au droit sacral, comme le changement de la constitution, l'introduction de nouvelles magistratures, le choix des consuls, etc. C'était même une des armes les plus fortes des patriciens pour paralyser les volontés de la plèbe ; le refus des curies était toujours motivé par des raisons religieuses, et l'on sait que ces raisons ne manquaient jamais en cas de besoin. Voit-on maintenant les adoptions et les testaments admis par les centuries, votés une seconde fois par les curies ? C'est inadmissible. Mais il est aussi improbable que les comices par centuries aient pu décider de ces choses au même titre que

1. Aulu-Gelle, V, 19.
2. Dion Cassius, XIV, 3.
3. Cic., *Leg. agr.*, II, 11.

les comices par curies. En effet, on comprend encore que pour des questions de droit privé on ait convoqué deux fois par an les représentants des trois cents gentes. Mais comment comprendre la convocation, pour de telles questions, de toutes les centuries, à savoir d'environ quatre-vingt mille hommes, sous Servius Tullius (1)? D'ailleurs le plébéien qui voulait tester devant les centuries avait un moyen bien plus commode à sa disposition. En cas de guerre — et il y en avait de fréquentes à Rome — il pouvait faire son testament devant l'armée réunie, qui n'était autre chose que les centuries sous les armes.

Un point bien plus important est celui de savoir quel était le rôle du peuple dans les *comitia calata*. Etait-il appelé pour donner son assentiment, ou uniquement pour assister à la cérémonie et prêter son témoignage? De la solution de cette question dépendra en grande partie la solution de la question principale de cette discussion. En effet, si nous admettons que le peuple votait dans les comitia calata, il en résultera que le testament n'était pas libre dès le début, et qu'une loi était nécessaire pour autoriser le père de famille à tester. Les testaments auraient donc été assez rares dans les commencements, et la succession ab intestat aurait gardé la première place. Il en résulterait encore que, si une loi était nécessaire pour parfaire un testament, la différence n'aurait pas été bien grande entre les testaments et les adoptions. On serait alors conduit à admettre l'identité de ces deux institutions à Rome, comme à Athènes; c'est une théorie que Gans a soutenue avec beaucoup de force. Le testament *calatis comitiis* formerait alors un pendant au testament athénien.

Si on n'admet pas que le peuple ait voté dans les comices

1. Dernburg, *Beitrage zur Gesch. d. röm. Testamente*, p. 31.

réunis pour recevoir ou rejeter des testaments, la solution de la question principale deviendra toute différente.

Le point est très délicat et divise les auteurs (1).

Examinons la question de plus près. Dans le texte que nous avons cité d'Aulu-Gelle (XV, 27) il est dit : « Tria « genera testamentorum fuisse accepimus, unum quod « calatis comitiis in populi concione fieret. » Les *calata comitia* étaient donc une *concio populi*. Dans un autre endroit (XIII, 15) en examinant les différentes réunions du peuple, d'après l'augure Messala, Aulu-Gelle dit encore : « Ex his verbis Messalæ manifestum est aliud esse cum « populo agere, aliud concionem habere ; nam cum populo « agere est rogare quid populum quod suffragiis suis aut « jubeat aut vetat ; *concionem autem habere est verba facere* « *ad populum sine ulla rogatione.* » Le concio n'était donc qu'une réunion dans laquelle le peuple recevait certaines déclarations, sans agir lui-même et sans prendre une résolution. Quant à la *rogatio*, ce n'est pas tout à fait une *lex* ; car une *lex* s'occupe de l'intérêt général, tandis que la *rogatio* ne touche qu'à des intérêts privés (2). Mais elle comporte toujours une résolution du peuple. Or, quand il s'agit de l'adrogation, Aulu-Gelle dit expressément, ce que le nom de l'acte aurait

1. Les auteurs qui admettent que le testament cal. com. était une loi, sont : Heineccius, *Opera*, t. II, p. 893; Thomasius, *Dissert. LXVIII*, t. II, p. 1036; Gans, Das Erbrecht, etc., II, p. 80 ; Göttling, *Gesch. der r. Staatsverfassung*, p. 121 Rubino *Rom Verfassungsgesch.* I, p. 250 ; Danz, *Der sacrale Schutz*, p. 32; Vering, *Röm Erbrecht*, p. 132 ; Köppen, *Syst. des heutigen Erbrechts*, I, p. 13 ; Jhering, *Geist d. R. R*, § 138 ; Pernice, *Labeo*, I, p. 258 ; Kuntze, *Excurse*, p. 136 ; Mommsen, *Röm. Gesch.*, I, p. 156 (Cet auteur s'est rétracté par la suite dans son *Röm. Staatrecht*, II, p. 36 et dans *Röm. Forschungen*, p. 270. — L'opinion contraire est soutenue par : Dernburg *Beiträge z. Gesch. der R. Test.*, p. 16; Huschke, *Rhein. Mus.*, VI, p. 288. Bekker, *Röm Alterth.*, II, p, 369; Lange, *R. Alt.*, I, p. 136; Voigt, *Die XII Tafeln*, I, p. 171; Hölder, *Beiträge z. Gesch. des R. Erbrechts*, p. 26.

2. Festus, v° Rogatio est quum populus consulitur de uno pluribusve hominibus quod non ad omnes pertineat, et de una pluribusve rebus, de quibus non omnibus sanciatur. Nam quod omnes homines resve populus scivit, lex appellatur.

déjà fait supposer : « Genus hoc in alienam familiam transitus per populi *rogationem* fit (1). » Quand il est question du testament, il ne parle plus que d'une simple *concio*, dans laquelle *verba facta sunt ad populum sine ulla rogatione.*

Nous avons encore un autre mot, qui peut nous éclairer. De même que l'adrogation contient une *rogatio*, le testament contient un élément principal et caractéristique, appelé la *nuncupatio* ou nomination (2). Cette nomination de l'héritier devant le peuple est, à vrai dire, tout le testament. Or un passage de Tacite va nous montrer très nettement la différence entre l'adrogation et le testament, au point de vue du rôle qui est réservé au peuple dans les deux actes. Il reproche à Galba d'avoir adopté Pison, non pas « lege curiata apud pontifices, uti moris est » (3), mais simplement par *nuncupatio pro concione* (4). Or, cette nuncupatio pro concione, insuffisante pour opérer une adrogation, c'est bien la formalité du testament, telle que la définit Aulu-Gelle. Il est donc bien évident que le testament n'exigeait pas le vote d'une loi.

C'est ce que Théophile dit en toutes lettres. « Et les *calata comitia*, avaient lieu en temps de paix deux fois par an, de la manière suivante : Le héraut traversait la ville et appelait les citoyens, et tout le peuple se réunissait ; et qui voulait, testait, de sorte que le peuple était témoin, ὑπὸ μάρτυρι τῷ δήμῳ (5). » Et qu'on ne conteste pas le témoignage de Théophile en des matières aussi anciennes pour son époque. On avait l'habitude autrefois de suspecter l'authenticité de ses renseignements, mais depuis la décou-

1. « Nuncupare ut palam nominare », dit Gaius (II, 104). Ce mot vient de *nomen capere*, de même que *judicare* de *jus dicere* et *vindicare* de *vim dicere*. Comp. Ottfried Müller, *Rhein. Mus.*, V, p. 193.
2. Aulu-Gelle, V, 19.
3. Tacite, *Hist.*, I, 15.— 4. *Ibid.*, 17.
5. Théophile, *ad* § 1, *Inst. de test. ord.*, II, 10.

verte du manuscrit de Vérone, il a fallu reconnaître que le professeur de droit à Constantinople du temps de Justinien était bien renseigné sur les antiquités romaines, et que, dans ce qu'il avançait, il avait l'habitude de s'appuyer sur les meilleurs auteurs anciens.

Les circonstances de fait ne font que confirmer le témoignage des textes. Comment admettre, en effet, que le peuple, même convoqué par curies, ait pu voter en deux journées tous les testaments de l'année? On votait pour les adrogations, parce que ces actes étaient beaucoup plus rares et d'une nécessité moins urgente pour les citoyens. Mais s'il avait fallu un scrutin populaire pour chaque testament, combien de ces actes auraient pu être admis? De plus, nous savons que les *calata comitia* se sont maintenus pendant très longtemps, pour les opérations sacrales, comme le disait Cicéron que nous citions plus haut. Octavien leur soumet le testament de César, qui l'institue héritier; Tacite en parle à propos de Galba. Cette institution se serait-elle maintenue pendant si longtemps, si elle n'avait pas été de pure forme? Cela se voit aussi dans la manière, dont Théophile parle des vieux testaments *calatis comitiis*. Ces testaments auraient disparu, dit-il, devant le testament *per æs et libram*, parce qu'on n'avait que d x jours par an pour faire les premiers, et que le second pouvait être fait à toute heure. S'il y avait eu entre eux une autre différence, à savoir que les vieux testaments étaient soumis à la ratification populaire et que les nouveaux étaient libres, Gaius n'aurait pas manqué d'invoquer cette raison bien plus importante et plus décisive.

Il reste donc établi pour nous que le peuple ne votait pas les testaments. Mais alors que faisait-il dans les comitia calata? Théophile nous l'a dit : Il prêtait son témoi-

gnage (1). Le testament *per æs et libram* qui a été créé plus tard, a gardé quelque chose du testament précédent ; c'est cette provocation au peuple : « Itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote. » Le testateur ne demandait pas autre chose aux Quirites réunis que leur témoignage. D'autre part, le nom même du testament l'indique clairement : Testamentum vient de *testari* qui veut dire recevoir témoignage en général, et faire testament, en particulier. Ce mot existait avec ce sens avant la loi des XII Tables (2). La Table V de cette loi porte : si *intestatus* moritur, si quelqu'un meurt sans testament. Cette forme négative suppose nécessairement la forme positive, *testatus*, dans le sens d'un homme qui a fait testament. C'est même l'acception capitale et la plus fréquente du mot : « Si quis, dit Ulpien, ob « carmen famosum damnatur, senatusconsulto expressum « est, ut intestabilis sit ; ergo nec testamentum facere poterit, « nec ad testamentum adhiberi (3). » Gaius dit aussi : « Quum lege quis intestabilis jubetur esse, eo pertinet, ne « ejus testimonium recipiatur et eo amplius, ut quidam « putant, neve ipsi dicatur testimonium (4). » Ce texte se trouve dans le même titre du Digeste que le précédent, le titre qui traite de ceux qui peuvent faire testament. Il en résulte que « ipsi dici testimonium » équivaut à « ipse testamentum facere ».

Mais alors comment comprendre que tout le peuple ait été convoqué uniquement pour prêter son témoignage ? Le moyen paraît en disproportion avec le but. On aurait donc mis en mouvement un appareil aussi formidable que la réunion des comices par curies, rien que pour fournir des

1. Théophile, *loc. cit.*, II, 10.
2. Gaius, II, 104.
3. L. 18, § 1, Dig., *Qui testam. fac. pos.*, XXXIII, 1.
4. L. Dig. *eod. tit.*

spectateurs à l'acte du testateur? Evidemment, tel n'était pas le but des Romains. Pour comprendre le rôle des *comitia calata*, il faut se pénétrer du caractère du témoignage à Rome. Il faut se rappeler qu'à l'époque dont nous traitons, celle qui a précédé les XII Tables, et surtout sous les rois, l'écriture n'était guère en usage chez les Romains. Les actes n'avaient encore que la forme orale, et les témoins qui y assistaient pouvaient seuls leur donner l'authenticité et la certitude voulues. Plus les témoins étaient nombreux ou avaient un caractère relevé, plus l'acte lui-même était inattaquable. En second lieu, il importe de rappeler que la Rome primitive ne connaissait pas les voies d'exécution. Le juge — quand il apparut — ne faisait que déclarer de quel côté était le droit : c'était à la partie à réaliser le droit par ses propres moyens. Les Romains des premiers temps pratiquaient le régime de la justice individuelle (1). Revendiquer son bien, c'était *vindicare* ; les défenseurs ou garants s'appelaient *vindices*; les profits du litige *vindiciæ*. Toutes ces expressions viennent de *vim dicere*, établir la force, faire violence, comme *judicare* vient de *jus dicere*, dire le droit, faire droit. Pendant longtemps, les procès étaient introduits à Rome par une lutte simulée qu'on appelait *manuum consertio*. Ce symbole rappelait la manière dont les anciens Romains se faisaient justice eux-mêmes (2). Sous un pareil régime de justice individuelle l'assistance des témoins était chose précieuse. En prêtant leur concours à un acte, ils s'engagaient aussi à prêter main-forte en cas de contestation (3). La validité de l'acte dépendait aussi du

1. L. 17. pr. Dig., XLIII, 2.

2. V. sur ce point le développement très intéressant de Ihering, Geist d. röm. Rechtes, t. I, p. 118 et suiv.

3. Celui qui était déclaré *intestabilis* se trouvait par là placé hors de la communauté des hommes, puisque personne ne pouvait l'aider à réaliser ses droits. L'intestabilité était dans le domaine civil, ce que la sacerté était dans le domaine religieux. Horace réunit l'une et l'autre dans la

nombre des témoins. C'est donc au double point de vue de l'authenticité et de la validité des actes que la question du témoignage importait à Rome. Quand c'était tout le peuple qui était appelé en témoignage, l'acte se trouvait placé sous la garantie et la protection de la cité ; il avait ainsi les avantages d'une loi, sans être soumis à ses conditions gênantes.

Nous arrivons maintenant à la question capitale de cette matière. De quelle nature étaient les déclarations que le père de famille faisait devant les *calata comitia*? Quel était le but du testament ? Evidemment ce but était d'instituer un héritier autre que les successeurs légitimes. Le testament pouvait encore comporter des legs et d'autres dispositions ; mais ces dispositions ne valaient que par l'institution d'héritier. Celle-ci était *caput et fundamentum testamenti*. Il importe, en effet, de rappeler ce que nous avons dit, au chapitre I, de la succession des anciens. L'hérédité antique était étrangère à la question des biens ; son but était purement moral. Elle tendait à assurer l'immortalité bienheureuse des ancêtres par la fidélité des descendants à leur mémoire et à leur culte. Le rapport entre l'héritier et le decujus était éminemment personnel ; la dévolution du patrimoine n'était qu'un accessoire. Nous savons déjà qu'il arrivait assez souvent à l'héritier de ne rien recueillir du patrimoine (1) ; il n'en était pas moins « ejusdem potestatis jurisque, cujus fuit defunctus (2) : de même, « hereditas nihil aliud quam successio in *universum*

même malédiction : *intestabilis et sacer esto* (*Sat.*, II, 3, v. 187). Plaute recommande comme règle de salut suprême : *Semper caveto ne sis intestabilis* (*Curcul.*, I, sc. 1.) — On n'appelait aussi à prêter témoignage que des personnes d'une honorabilité absolue, le *jus testimonii dicendi* était un honneur particulier. « Tarratiam quidem, dit Aulu-Gelle (VI, 7) virginem Vestæ fuisse lex Horatia testis est, quæ super ea ad populum « lata, qua lege ei plurimi honores fiunt, inter quos quoque testimonii « dicendi tribuitur. »

1. Gaius, II, 224.
2. L. 59, Dig., *De reg. jur.*, L. 17.

jus quod defunctus habuerit (1). » Comme le dit très bien Sumner Maine « il est certain que dans l'ancien droit romain relatif aux successions, la notion d'un testament se mêle complètement, on pourrait même dire se confond avec la théorie de l'existence posthume du défunt dans la personne de son héritier (2). » On n'a qu'à se rappeler l'opiniâtreté avec laquelle les Romains ont résisté à l'introduction du bénéfice d'inventaire et d'autres mesures analogues, pour voir que les considérations pécuniaires ont joué un rôle secondaire dans la succession romaine.

Le testament avait donc pour but la création d'un héritier. Comment y parvenait-il? Si nous voulions supposer une analogie avec les Grecs, nous répondrions avec Gans: par voie d'adoption (3). L'assimilation, en effet, s'impose. Les Grecs et les Romains ont eu la même origine, les mêmes croyances et à peu près les mêmes institutions. On sait aussi qu'après leur séparation de la souche commune, ils n'ont cessé d'avoir des rapports entre eux; le voisinage de la grande Grèce a permis à l'esprit hellénique de garder son empreinte sur l'esprit romain. On sait aussi que lorsque les Romains se furent décidés à codifier leurs coutumes, ils ont envoyé une délégation en Grèce, afin d'étudier les lois de Solon. Trois membres de cette délégation, P. Posthumius, Sex. Sulpicius et A. Manlius, ont été élus parmi les Décemvirs et ont concouru à l'élaboration des XII Tables (4). Il y a donc grande apparence que l'une des créations les plus remarquables du droit grec ait passé dans le droit romain, ou que le même produit ait poussé spontanément chez les deux peuples parce qu'il y trouvait les mêmes éléments et la même raison d'être.

Le motif, en effet, était le même. La principale mission

1. L. 62, *eod. tit.*
2. Maine, *L'Ancien Droit*, p. 180.
3. Gans, das Erbrecht, etc., II, p. 99.
4. Denys, X, 56.

de l'héritier était de continuer le culte du défunt; le but du testament était la conservation des *sacra*. Or, chez les Hindous, comme chez les Grecs, le culte domestique ne pouvait être célébré que par le fils du défunt; nous avons vu qu'à Athènes la filiation était devenue la base du droit de succession. Pourquoi en aurait-il été différemment à Rome? L'heres romain devait être comme le κληρονόμος grec, le substitut du fils manquant, c'est-à dire un adopté (1).

Ces considérations sont bien séduisantes, mais elles rencontrent des objections de fait. Comment se fait-il que pour atteindre le même but et accomplir la même opération, il y ait eu à Rome deux institutions différentes et toujours nettement distinguées par les textes, l'adrogation et le testament? Les auteurs romains n'auraient-ils pas dû commencer l'histoire des testaments par le testament *per æs et libram*, si celui-ci était le premier testament distinct de l'adoption? Mais le testament *in procinctu* devient aussi impossible. Etant contemporain et équivalent du testament *calatis comitiis* il devait aussi contenir une adoption. Il se faisait pourtant par une déclaration devant l'armée et nous savons que Tacite, six siècles après l'expulsion des rois, à une époque de décadence, trouvait encore osé de la part de Galba d'avoir adopté Pison par une déclaration devant les légions. Mais ce système devient aussi inadmissible par ses conséquences. L'héritier institué par une adoption devrait être, cependant, un *heres suus et necessarius*. Aucun texte ne nous permet une pareille supposition. Au contraire, dans l'esprit du droit romain, l'héritier testamentaire est généralement un *extraneus*, à moins que le père ne pense instituer son fils. Mais, dans la théorie que nous combattons, une pareille institution était impossible; le père, en effet,

1. Cette opinion a été admise, en dehors de Gans, par Puchta, *Cursus der Inst.*, III, p. 228, et par Vering, *Röm. Erbrecht.*, p. 127.

ne pouvait pas adopter son propre enfant. Il faudrait aussi admettre que le testament n'était possible que dans l'absence d'enfants légitimes; et, comme corollaire à ce principe, que l'exhérédation des *sui* était inconnue avant l'introduction du testament *per æs et libram*. Il faudrait aller plus loin et exiger du testateur toutes les conditions imposées à l'adrogeant : d'être par exemple invalide et hors d'âge d'avoir des enfants, de compter dix-huit ans de plus que l'institué, etc. Les femmes auraient été privées du droit de tester, ce qui n'est pas admis même dans le droit le plus ancien : on connaît le testament d'Acca Larentia ; les Vestales testaient, et d'une manière générale toutes les femmes *sui juris* pouvaient faire testament (1). Il est évidemment impossible d'assimiler le testament à l'adrogation.

Il y a pourtant quelque chose de vrai dans la thèse que nous venons d'exposer et de combattre. Quelque effort que l'on fasse, il est impossible de méconnaître que le testament conserve une profonde affinité avec l'adrogation, qu'ils sont sortis tous les deux d'une même origine, que pendant longtemps, probablement, ils n'ont dû former qu'une seule et même institution. Un même mobile, tenant aux entrailles mêmes de la famille antique, a fait naître les deux institutions. Elles servaient l'une et l'autre à la procréation légale d'un successeur religieux. A Athènes, nous avons vu qu'elles sont restées longtemps confondues sous le même nom d'εἰσποίησις, adoption ; le testament devient seulement un moyen plus expéditif de réaliser cette adoption. Puis avec la décadence des croyances et des mœurs anciennes, le testament διαθήκη a perdu son caractère primitif et est devenu une institution tout à fait distincte. A Rome, la marche du développement a dû être la même,

1. Cic., *Top.*, 7; 7. Aulu-Gelle, I, 12; Gaius, I, 115, II, 122; Ulp., *Fragm.* XI, 8, XX, 15; *Ibid.*, L. 5; Dig., *Qui test. fac. poss.*, XXVIII, 1.

sauf une différence dans le temps. Le testament et l'adrogation sont arrivés assez vite à se distinguer l'un de l'autre, mais il ne reste pas moins probable qu'à l'origine ils ont formé une même institution. Bien des choses l'indiquent : la survivance de l'adoption testamentaire, la locution assez employée de « testamento adoptare » sont des vestiges du passé (1). Le testament lui-même garde aussi un certain caractère législatif. Il porte quelquefois le nom de *lex:* « Legem testamento dicere (2), legatario legem dicere (3), « nemo eam sibi potest legem dicere, ut a priore voluntate ei « recedere non liceat (4). » Tester s'appelle couramment *legare*, notamment dans les XII Tables. « Verbis legis « XII Tabularum his : Uti legassit suæ rei, ita jus esto, la- « tissima potestas tributa videtur et heredes instituendi et « legata dandi, etc. (5).» Les Grecs traduisent généralement le testament romain par νόμος ; Dion Cassius appelle le testament calatis comitiis νόμος φρατριατικός (6). Tester se dit νομοθετεῖν (7). Il ne faut pas oublier non plus que la *testamentifactio* a toujours été considérée comme faisant partie du droit public : « Testamenti factio, dit Papinien, non privati sed publici juris est (8). Ce sont là autant de raisons qui rapprochent le testament de l'adrogation.

Dans notre conviction, ces deux institutions n'en for-

1. Voici les textes où il est question de l'adoption testamentaire : Cic., *Off.*, III, 18. *Brutus*, 58. *Pro domo* 14. — Ovide, *Metamorph.*, XV, v. 818. — Cornelius Nepos, *Atticus*, ch. 2 Epitome Livii, lib. CXVI. — Suétone, *Jules*, 83, *Octave*, 101, *Tibère*, 6. *Galba*, 17. — Sénèque, *De brevitate vitæ*, ch. 15. — Pline, *Epist.*, VIII, 18. — Appien, *Bell. civ.*, II, 141, III, 94. — Vell. Paterc., II, 59. — Florus, IV, 4. — Eutrope, VII, 4. — V. aussi L. 7 et L. 63, § 10; Dig., *ad. S. C. Trebell.*, XXXVI, 1.

2. L. 14, Dig., XXVIII, 1; L. 114, § 14, Dig., XXX.

3. L. 40, 31, Dig., XL, 5.

4. L. 22, *pr.* Dig., XXXII.

5. L. 120, Dig., L, 16.

6. Dion Cass., XIV, 3.

7. Justinien, *Nov.*, XXII, cap. 2; Jean Chrysostome, *ad Act. Apost Homi.* I, p. 615.

8. L. 3, Dig., XXVIII, 1.

maient qu'une seule à une époque très reculée de l'histoire romaine. Si elles ont été distinguées plus tard, et c'est là l'originalité de la législation romaine, cela tient à la nature particulière de la *patria potestas* à Rome. C'était trop présumer, en effet, de l'héritier institué que de l'assujettir à la puissance formidable du testateur et de lui enlever la disposition de ses biens pendant tout le temps que le testateur restait en vie. Le testament mêlé d'adoption aboutissait à rendre presque esclave un citoyen libre et maître de lui-même. Une pareille perspective ne devait pas trop tenter les candidats héritiers. Aussi est-il probable qu'à cette époque les héritiers se dérobaient Mais les pères de famille privés d'enfants ne pouvaient pas non plus décéder sans héritiers. Les guerres étaient fréquentes : on pouvait mourir d'un moment à l'autre ; la destruction d'une maison n'était pas chose indifférente à la cité. Le peuple et les pontifes prirent alors un parti décisif : ils résolurent d'enlever à l'acte de dernière volonté la grande difficulté qui le rendait impraticable. Quelle nécessité y avait-il d'imposer à l'héritier institué une *patria potestas*, qui ne devait le frapper, en principe, que pendant un instant, de raison, et qui, en fait, pouvait se prolonger plus ou moins longtemps suivant le degré de vitalité du testateur ? Il était plus simple et certainement plus utile d'écarter la *patria potestas* d'une opération où, à vrai dire, elle n'avait que faire. Aussi, à un certain moment, que nous ne pouvons pas préciser, mais qui appartient certainement à l'époque royale, le peuple se décida à ne pas soumettre l'héritier à la puissance du testateur. Celà eut pour conséquence de faire tomber la *rogatio*, et de réserver la décision en matière de testament au père de famille et aux pontifes. Nous pouvons nous figurer assez facilement comment les Romains ont été amenés à une pareille décision.

Nous avons vu, en effet, que l'adrogation était un acte en deux parties : l'une qui se passait devant les pontifes et le peuple réunis en simple *concio* et qui avait pour objet l'initiation sacrale de l'adopté ; et l'autre partie, qui se passait devant le même peuple réuni en assemblée législative, afin de conférer à l'adoptant le *jus vitæ necisque* sur l'adopté. On n'avait qu'à séparer ces deux actes et à n'en garder que le premier, pour créer le testament *calatis comitiis*. Le vote d'une loi spéciale devenait inutile, ce qui ne veut pas dire que le peuple et les pontifes étaient destitués de tout contrôle ; il est très probable, au contraire, qu'une *causæ cognitio* publique continuait à précéder le testament, comme elle avait précédé l'adrogation. Les nouvelles dispositions eurent pour effet de détacher le testament du *jus publicum* pour le maintenir dans le *jus sacrum*, d'où il passa plus tard dans le *jus civile*.

Dès cette époque, l'héritier n'entre plus dans la communion du testateur qu'au point de vue religieux et privé. Il recueille sa maison, accomplit les rites funèbres, célèbre les fêtes domestiques, et s'acquitte en un mot de tous les devoirs de la *parentatio*. Mais il n'est pas *filiusfamilias* aux yeux du droit public ; il n'a jamais été *in potestate defuncti ;* il n'est pas son agnat ni celui de ses agnats. Cette constatation semble évidente par elle-même pour tous ceux qui se sont familiarisés avec les principes de la succession romaine. Mais voici un fait, parmi beaucoup d'autres, qui l'établit irréfutablement. Nous avons dit que le soin des sépultures constituait une partie essentielle, sinon la principale, de la religion antique. A Rome, on y veillait avec un soin extrême. La communauté des sépultures pour les membres d'une même gens était un point aussi essentiel de la constitution de la famille, que la communauté du culte lui-même : « Magnum enim, dit Cicéron, eadem habere

« monumenta majorum, iisdem uti sacris, sepulcra habere « communia (1). » Et dans un autre endroit il ajoute : « Tanta « religio est sepulcrorum ut extra sacra et gentem inferri « fas negent esse ; idque apud majores nostros D. Tor- « quatus in gente Popilia judicavit (2). » Or le tombeau des héritiers était distinct de celui de la famille. « Fami- « liaria sepulcra, dit Gaius, dicuntur quæ quis sibi fami- « liæque suæ constituit ; hereditaria autem quæ quis sibi « heredibusque suis constituit (3). » On rencontre très souvent sur les tombeaux romains l'inscription suivante : HIC LOCVS OU HOC MONVMENTVM HEREDEM NON SEQVITVR, qui était d'un emploi tellement fréquent que la plupart du temps on ne marquait plus que les initiales : H. L. OU H. M. H. N. S. (4). Bien plus rarement on rencontre l'inscription contraire : HOC MONVMENTVM HEREDEM SEQVITUR (5). Tous ces faits prouvent que l'héritier ne comptait pas dans la famille, ou pour mieux dire dans la gens du défunt.

Il est assez malaisé de préciser la véritable condition de l'héritier, ainsi que l'ensemble de ses rapports avec la personnalité du decujus. Les textes de l'époque classique nous disent bien : « Heres in omne jus mortui succedit (6) ; « heredem ejusdem potestatis jurisque esse cujus fuit « defunctus constat (7). » Mais il n'est pas moins certain que l'héritier ne succédait ni aux droits de famille, nous venons de le voir, ni à la condition sociale et aux droits politiques du défunt. Il reste étranger aux droits strictement personnels, « quibus personæ conditio locum

1. Cic., *De Off.*, I, 17.
2. *Ibid.*, *De leg.*, II, 22.
3. Gaius, L. 5, Dig., *De relig.*, XI, 7.
4. Orelli, *Inscript.*, nos 4379, 3926, 4455, 595, 2807 et 4182.
5. *Ibidem*, no 4397.
6. Pomp., L. 37, Dig., XXIX, 2.
7. Ulp., L. 59, Dig., L. 17.

facit (1). » S'il fallait absolument donner une formule précise, nous dirions que l'héritier succède à la *domus familiaque* du défunt. Cette expression qui à l'origine comprenait tout ce qui était soumis à la puissance du père, les personnes comme les biens (2), s'applique assez généralement plus tard à la maison, y compris les *sacra*, déduction faite des *liberi* (3). Avec le temps, *familia* devient synonyme de *patrimonium* (4).

Nous envisageons de la sorte le decujus, non plus comme *paterfamilias,* mais comme *dominus.* La différence entre ces deux expressions était assez grande, pour que Cicéron protestât avec indignation contre leur assimilation : « Non heros nec dominos appellabant eos quibus juste « paruerunt, denique ne reges quidem, sed patriæ custo- « des, sed patres et deos (5). » Or, à ce point de vue, la terminologie des textes en matière de succession est d'une unité et d'une logique absolues. Le texte que nous venons de citer montre *dominus* synonyme de *herus* (6). *Herus* qui est le terme le plus ancien (7), dérivé probablement de ἔρα terre

1. Paul, L 68, Dig., L. 17, aussi LL. 12 et 13, Dig., XXIV, 3; L. 8, § 3, Dig., XXXIV, 3.
2. Caton, *De re rustica* (141, 2 et 3), donne l'antique formule de la lustration qui commence ainsi : « Mars Pater te precor quæsoque ut, sies volens propitius mihi domo familiæque nostræ. »
3. *Ibid.* : Lex struis commov. : (134, 2) mihi liberisque meis domo familiæque meæ. — Lex luci conluc. (139) mihi domo familiæque meæ liberisque meis ; Tite-Live, III, 55 donne le texte de la loi Valeria et Horatia : « Ejus caput Jovi sacrum esset, familia ad ædem Cereris, liberi liberæque venum iret. »
4. Gaius, II, 102 : Familiam suam, id est patrimonium suum ; Ulp. L. 195, Dig., L. 16 : Familiæ appellatio varie accepta est : nam et in res et in personas deducitur. In res ut puta lege Duodecim Tabularum his verbis : Agnatus proximus familiam habeto.
5. Cic., *De rep.*, I, 41 ; *Idem. De Off.*, II, 7 : Iis qui vi oppressos imperio coercent, ut sane adhibenda sævitia, ut heri in famulos, si aliter teneri non possunt.
6. Legis autem Aquiliæ actio hero competit, hoc est domino (Ulp., II, § 6, Dig., IX, 2).
7. On le rencontre couramment chez Plaute et les écrivains un peu anciens. Hoc ubi amphitrio herus conspicatus est (*Amph.*, I, 1, 87). Me

(d'autres le rapprochent de κύριος, dominus, ou de χείρ, manus), désigne proprement le maître du sol. *Heres* a le même sens : « Heres apud antiquos pro domino ponebatur, « dit Festus (1). » De même les Institutes : « Veteres enim « heredes pro dominis appellabant (2). » La seconde expression est dérivée de la première avec la forme qui marque en grec la descendance ou les noms patronymiques. *Heres-edis* est le successeur de *herus, i*, comme à Athènes un Butadès était descendant de Butès ou un Phytalidès continuateur de Phytalès. De même, le patrimoine familial s'appelle *herctum* ou *horctum* : « Horctum et forctum pro « bono dicebant, dit Festus (3). » *Horctum* ou *hortus* était l'enclos primitif protégé par Jupiter herceus (4). On l'appelle aussi *heredium* (5). *Hereditas*, au contraire, est le bien transmis d'une personne à une autre (6). Dans toutes ces expressions, on constate que l'hérédité, quel que soit d'ailleurs son caractère moral, porte sur le domaine de la famille, et non sur la famille elle-même, telle que nous la comprenons aujourd'hui.

Voici d'autres faits. Lorsque les Romains veulent carac-

meus herus fecit ut vigilarem (*Ibid.*, 41). Quis herus est tibi? (*Ibid.*, 206, 225). Nonnæ heræ meæ nunciam quod herus meus jussit, licet ? (*Ibid.*, 296. — Ubinam est herus ? Major apud forum'st, minor hic est intus (*Id.*, *Asin.*, II, 2, 63). Nec victoris heri tetigit captiva cubile (Virgile, *Æn.*, III, 328). O here, quæ res nec modum habet (Hor., *Satyr.*, II, 3, 265)

1. Festus, v° *Heres.*
2. Inst., II, 19, § 7.
3. Festus, v° *Horctum.* La racine *her* (sanscr. *var*) se retrouve dans presque tous les dialectes italiotes avec le sens de vouloir (v° Fabretti, *Glossarium italicum*, p. 572 et suiv.). De là viennent les noms : Herennius et Hercules, les verbes : *hercere* (grec ἕρκειν) séparer, ou *heriscere*, acquérir *herciscere* (de *herctum* et *cisco* ou *cieo*, diviser) partager.
4. Ζεὺς ἕρκειος. Festus, v° Herceus. Jupiter intra conseptum domus cujusque colebatur, quem etiam deum penetralem appellabant. Denys (I, 67) appelle les Pénates θεοὶ ἕρκειοι.
5. In XII Tabulis legum nostrarum nusquam nominatur villa, semper in significatione ea hortus; in horti vero heredium (Pline, 19, 4, 5). Festus, v° Heredium prædium parvulum. Ce sont les bina jugera de Romulus. In Sabinis heredium a patre relictum habebat (Cornel. Nepos, *Cat.*, I).
6. Cic., *Top.*, 29 ; *Verr.*, II, 19 ; *De rep.*, III, 17 ; *De inv.*, II, 63.

tériser la situation d'un fils héritier sien, ils disent : « Heres « *nominis, sacrorum familiæque* (1). » Le *nomen*, dont il est question ici, c'est le nom patronymique, qui passe invariablement du père au fils. Ainsi le vainqueur d'Annibal s'appelait Publius Cornelius Scipio ; Publius et Scipio étaient le prænomen et le agnomen ; le nomen véritable était Cornelius, celui de son père et de sa gens. Le nomen, en effet, marque la gens à laquelle on appartient (2), et souvent on le prend pour synonyme de la gens elle-même : « Corvinos « simul Torquataque nomina », dit Lucain (3). En rappelant les trois liens de parenté des *sui*, des *cognati* et des *agnati* ou *gentiles*, Cicéron dit : « Tulit hoc commune dedecus jam « *familiæ*, *cognationis*, *nominis* graviter filius (4). » Quand il s'agit d'une adoption entre vifs ou testamentaire, les auteurs n'omettent pas de mentionner la transmission du nomen : « Crispum, dit Tacite (5), C. Sallustius in nomen « ascivit. » « Testamento Cœsaris, dit Tite-Live, heres ex « parte dimidia institutus, C. Octavius, sororis nepos, et in « nomen adoptatus est (6) ». « In ima cera, dit Suétone du « même cas, C. Octavium in familiam nomenque adopta- « vit (7). » Il y avait bien là une adoption véritable, puisque Octave a été forcé de soumettre le testament de César aux *calata comitia* et de faire une *rogatio* pour ainsi dire posthume (8). Cette *adoptio in nomen* faisait entrer l'adopté dans

1. Tite-Live, XLV, 40. E filiis quos solos nominis sacrorum familiæque heredes retinuerat domi.
2. Festus, v° Gentilis dicitur et eodem genere ortus et is qui simili nomine appellatur.
3. Lucain, *Phars.*, VII, 584; Virgile, *Æn.* Illustres animas nostrumque in nomen ituras. L. 2, Code, *de incestis*, V, 5; Ditio Romani nominis; Sénatusc. *de bacchanalibus* : CEIVIS ROMANUS NEVE NOMINVS (pour *nominis*) LATINI.
4. Cic., *Pro cluent.*, VI, 16.
5. Tacite, *Annales*, III, 30.
6. *Epitome Livii*, CXVI.
7. Suétone, *Vie de Jules*, 83.
8. Dion Cassius, XLVI, 47; Appien, *De bello civ.*, III, 14.

la gens de l'adoptant et le rendait agnat de tous ses agnats (1). Rien de pareil pour l'héritier institué. Il ne succède qu'à la *familia* (pecunia, plus tard) et aux *sacra* du défunt : « Relictus « heres, dit Festus, sic pecuniæ ut etiam sacrorum erat (2). » Dans un passage célèbre des *Tusculanes*, Cicéron, en dépit d'une redondance fâcheuse, montre que le nomen n'est pas le partage de l'héritier institué. « Quid procreatio liberorum, « s'écrie-t-il, quid propagatio nominis, quid adoptiones « filiorum, quid testamentorum diligentia, quid ipsa « sepulcrorum monumenta, quid elogia significant, nisi « nos futura cogitare (3) ? » Il est visible que les *adoptiones filiorum* ne sont qu'une répétition de la *propagatio nominis;* ou que du moins celle-ci se rapporte au terme qui la précède et à celui qui la suit, sans aucun égard aux testaments. Le testament reste donc étranger au *nomen*. Sous l'Empire, on voit quelquefois des héritiers institués sous la *conditio nominis ferendi* (4), mais ce sont des exceptions, peut-être des adoptions testamentaires.

Une conséquence très probable de la non-transmission du *nomen*, c'est que l'héritier ne succédait pas à tous les *sacra* du défunt. Il recueillait certainement les *sacra* personnels du decujus et particuliers à la *domus*, mais il nous paraît douteux qu'il ait pu entrer dans la communion des *sacra* gentilices. En énumérant les différentes espèces de sacra, Festus dit : « ... at privata, quæ pro singulis nominibus, familiis, gentibus fiunt (5) ». Savigny a démontré que les *sacra pro familiis* n'étaient qu'une erreur de

1. LL. 7 et 23, Dig., I, 7 ; L. 9, Dig., II, 4.
2. Festus, v° Sine sacris hereditas.
3. Cic., *Tuscul.*, I, 14.
4. L. 63, § 10, Dig., XXXVI ; Suétone, *Vie d'Octave*, 101 ; L. 7, Dig., XXXVI, V le *Testament de Dasumius* (dans Bruns, *Fontes juris antiqui*) : Si se nomen meum laturum promiserit.
5. Festus, v^{or} Publica sacra.

Festus (1); il n'y avait réellement que des *sacra pro singulis hominibus* et des *sacra pro gentibus*. Il est indubitable qu'à l'époque très reculée où la famille et la gens ne faisaient qu'un seul corps, le culte du père de famille était aussi celui de sa gens, ou plutôt ce dernier culte ne s'était pas encore détaché du premier. Mais à l'époque déjà avancée où se place l'apparition du testament, la *domus* privée était déjà bien éloignée de la souche première figurée par la gens, et le nombre de ces foyers privés devenait trop considérable pour que le lien gentilice ne se fût grandement relâché. A mesure que la société romaine se développe, le culte gentilice ne se rattache plus qu'à un être légendaire, l'ancêtre authentique ou supposé, qui a donné son nom à toute la famille *ejusdem gentis*. Dans la seconde moitié de la république le Lare gentilice n'est le plus souvent qu'une divinité d'un ordre supérieur. Les Julii vénéraient Vejovis et plus tard Apollon; les Nautii Minerve; les Potitii et les Pinarii, les plus vieilles familles de Rome, Hercule; les Horatii Juno sororia et Janus Curiatius; les Fabii Quirinus; les Aurelii le Soleil, etc. Quelquefois les gentes se chargeaient d'un culte public; ainsi les Scipions, en attendant d'organiser leur culte gentilice, hébergèrent la Magna Mater (2); la gens Julia se constitua en collège pour desservir le culte de Vénus genetrix (3). D'autres fois le culte d'une gens passait à l'État; ainsi parmi les Luperques il y avait des Fabiani, Quinctiales et Juliani. Il est très probable que des cultes pareils étaient hors de la sphère de la *domus familiaque*, transmise à l'héritier. Celui-ci y accédait peut-être par une participation de pure forme; peut-être aussi

1. *Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft.*, II, 383 et suiv.
2. Tite-Live, XXIX, II, 14.
3. Pline, II, 93,

recevait-il une initiation particulière aux jours de fêtes gentilices dans le *sacellum* ou chapelle de la gens. Dans tous les cas l'affiliation de l'héritier à la gens ne pouvait avoir qu'une signification religieuse, sans portée politique ou civile. Ce point nous échappe, faute d'un texte. Mais il nous paraît très probable que l'*obtestatio sacrorum* à laquelle procédaient les pontifes au moment de la confection du testament, devait avoir pour objet d'initier l'héritier aux *sacra pro singulo homine* du défunt. Et cela se comprend: si le testament avait pour but, ainsi que l'attestent les auteurs, de sauver un culte sur le point de périr (1), ce ne pouvait être le culte gentilice, assuré, par le nombre de ses fidèles, d'une perpétuité indéfinie. C'était assurément le culte privé du mourant, qui sans un continuateur choisi aurait vu ses *sacra* s'éteindre avec sa vie. Ces *sacra singuli hominis* étaient du reste assez considérables pour suffire à la dévotion d'un chef de maison. C'était d'abord le culte des dieux de la maison, les *Penates* et *Lares familiares*, ensuite les cérémonies funèbres, les *dies denicales*, les *dies natales*, et les *operationes*, parmi lesquelles il faut compter les *vota* (2). Ces vœux étaient d'une importance capitale pour les Romains. Dans leurs croyances, une foule de divinités grandes et petites entouraient l'homme de toutes parts et se mêlaient de ses actions, en les favorisant ou les contrecarrant suivant leurs dispositions à son égard. Il importait de se les concilier dans toute entreprise. Aussi

1. Cicéron, *De leg*, II, 19: Cur igitur hæc tanta facimus, quum cetera perparva sint, de sacris autem, qui locus patet latius, hæc sit una sententia ut conserventur semper et deinceps familiis prodantur et, ut in lege posui, perpetua sint sacra. Hæc posita hæc jura pontificum auctoritate consecuta sunt *ut ne morte patris sacrorum memoria occideret*, iis est ea adjuncta ad quos ejusdem morte pecunia venerit. Gaius, II, 55, quare autem omnino tam improba possessio et usucapio pro herede concessa sit illa ratio est quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, *ut essent qui sacra facerent*.

2. Festus, v° *Privatæ feriæ*.

les Romains ne manquaient-ils pas, au début de toute action, de se rendre les divinités favorables, en se liant envers elles par des promesses et des vœux. Ces *vota* devaient être remplis avec la dernière rigueur, non seulement du vivant de l'engagé, mais encore après sa mort, puisque, par leur essence, ils étaient perpétuels. Aussi l'héritier y succédait-il au premier chef. « Voti enim obligationem, dit Ulpien, ad heredem transire constat (1). » Le testament avait donc pour but, en outre de l'initiation générale de l'héritier aux *sacra* du défunt, de le substituer à celui-ci dans ses engagements et promesses envers les dieux.

De cette manière l'*heres* ne recevait pas seulement le dépôt des *sacra* et de la *domus* du défunt, mais aussi celui de son honneur. Il assumait la mission de sauver la foi de son auteur devant la divinité; il succédait à ses obligations. Nous aurons à revenir plus tard, à l'occasion du testament *per æs et libram*, sur les rapports de l'héritier avec le passif de le succession. Mais nous pouvons poser dès maintenant le principe qu'au moins, pour ce qui concerne le testament *calatis comitiis*, l'héritier succédait aux charges du défunt. Et d'abord, n'aurions-nous pas d'autre raison, nous devrions décider affirmativement, par le seul exemple des vœux et pollicitations envers les dieux qui se transmettaient nécessairement aux héritiers. Mais cet exemple est une raison suffisante par elle-même, puisque dans le droit privé primitif, qui n'était autre que le *jus sacrum*, les obligations contractées envers les hommes étaient des engagements pris envers la religion. Nous savons, en effet, que le contrat le plus ancien à Rome était la *sponsio ad aram maximam* accompagnée de serments et de damnations. Cette *sponsio* était elle-même un *votum* envers Hercule. De la

1. Ulp. L. 2, § 2, Dig., *De pollicit.*, L. 12.

sorte, le débiteur s'engageait non seulement envers le créancier, mais aussi envers l'une des divinités les plus respectées à Rome. L'héritier, étant tenu du *votum*, était lié aussi par l'obligation. Il devenait ainsi le représentant du défunt devant les dieux et devant les hommes.

Mais, en recevant la mission de sauver l'honneur du défunt *erga omnes*, l'héritier obtenait lui-même une faveur qui n'était pas peu considérable. Toutes les successions n'étaient pas obérées, notamment à l'origine; les charges pécuniaires ne devaient pas être bien grandes. En revanche, il fallait à l'héritier une réputation sans tache pour être offert aux divinités en remplacement du défunt. Les pontifes veillaient à ce que le premier venu ne pût bénéficier d'une pareille substitution. Mais ce n'était pas tout; le défunt lui-même, en passant au rang des Lares, devenait un dieu destiné à recevoir un culte et le respect des vivants. Quel honneur pour l'héritier d'être son représentant sur la terre et le dépositaire de ses volontés: c'était la distinction suprême, la plus haute marque d'estime qu'un citoyen pût recevoir dans le domaine de la vie privée. Les textes parlent toujours de l'honneur de l'hérédité: « Testator qui « *honorem habitum* voluit his, quibus relinquitur (1); « plerumque evenit multorum interesse quod relinquitur, « verum testatorem uni voluisse *honorem habitum* (2); « hereditates *pleniore honore* tribuantur (3); *honore* pro- « prio omisso alienam institutionem malle (4). » Un frère ayant été omis par un testament, « quod ad alios quam qui « exspectabant *honorem hereditatis* transtulerit » (5), se trouve être la victime d'un *flagitiosum silentium* et d'une

1. L. 52, § 2, Dig., V, I.
2. L. II, § 20, Dig., XXXII.
3. L. 5, § 6, Dig., XXXVII, 5
4. L. 26. *pr.* Dig., XXIX, 4.
5. Valère Maxime, VII, 7 et 8; Comp. Tacite, *Annales*, III, 76.

*contumeliosa prælatio* (1). L'importance de l'honneur testamentaire s'aperçoit surtout à l'époque de décadence, où les derniers respects et les dernières vertus surnagent au milieu de la corruption générale. Sous l'empire, on voit des personnages très élevés, des empereurs même, tenir à l'honneur d'être institués héritiers par de simples citoyens. L'usage s'établit même de proclamer les héritiers et de les traiter en conséquence *coram publico*, longtemps avant l'époque où le testateur pût penser à mourir, sans que l'opinion publique y vît un abus ou des tentatives de captation. Aussi la piété était grande à l'égard des testaments, quel que fût leur contenu. Fulcinus Trion se livre dans son testament à des invectives très graves, « multa et atrocia », contre Tibère et ses favoris, et l'empereur, « patientiam « alienæ libertatis ostentans », ordonne à l'héritier de le lire à haute voix, suivant l'usage (2). Pétrone, terrifié par la colère de Néron, s'ouvre les veines, mais il consigne dans un codicille toutes les turpitudes de son maître, et le lui envoie (3). A la fin de l'empire, Constantin écrit encore : « Nihil est quod magis hominibus debeatur, quam ut « supremæ voluntatis liber sit stylus (4). »

Si le testament est arrivé à cette importance et à cet honneur, il est très probable qu'il n'a pas été d'une rare application même à l'origine, à l'époque des *calata comitia*. Thomasius, et en général les partisans de l'école qui voit dans le testament une loi, pensent que le peuple devait en voter bien rarement. « Apud historicos, dit Thomasius, « nullum exemplum legitur testamenti facti calatis comi- « tiis ; rarissima fuere illa (5). » Ce n'est pas notre senti-

1. Valère Maxime, VII, 8.
2. Tacite, *Annales*, VI, 38.
3. *Ibid.*, XVI, 19.
4. L. *C. de sacros. eccl.*, I, 2.
5. Thomasius, *Dissert. LXVIII.*

ment. Si l'on admet le point de vue de cette école, on est réduit à mettre sur le compte du testament *per æs et libram* toute la théorie si complexe et si développée de la succession testamentaire à Rome. Nous ne voulons pas méconnaître qu'en effet le travail de la jurisprudence s'est appliqué au testament mancipatoire, le seul en usage à l'époque où les jurisconsultes commencent à apparaître. Mais les fondements de cette théorie et de cette jurisprudence ont dû être puisés dans le testament *calatis comitiis* et dans le droit sacral. Le caractère de l'héritier, les règles de l'institution, les différents genres de legs, la dévolution des *sacra*, n'ont pas pu sortir d'une institution plébéienne et laïque, comme l'était le testament *per æs et libram* ; ce sont des créations du droit sacré et des pontifes. N'oublions pas que le testament mancipatoire n'est qu'une opération fictive, faite en imitation du testament antérieur et qui n'arrive à créer qu'un semblant d'héritier. On ne sait pas encore définitivement si le *familiæ emptor* était *heres*, *loco heredis*, ou nullement *heres*. Un pareil testament *dicis causa* pouvait prendre avec le temps une importance prépondérante, mais il ne pouvait naître et se développer qu'en s'appropriant les règles fondamentales admises antérieurement par la loi et par la religion. Aussi croyons-nous que la plupart des règles touchant les testaments, notamment celles qui concernent l'institution et l'exhérédation des héritiers, les legs et les tutelles, ont dû prendre naissance à l'époque du testament *calatis comitiis*.

Pour que le testament *calatis comitiis* ait pu prendre lui-même tout le développement que nous lui attribuons, il faut qu'il ait été d'une application assez fréquente. Nous ne croyons pas nous tromper à cet égard. Rome nous paraît avoir été le terrain le plus propice pour l'éclosion des actes de dernière volonté. C'était une cité essentiellement mili-

taire ; la guerre y régnait en permanence. Dès sa fondation, elle est en lutte successivement avec toutes les villes de la conféràtion latine ; ensuite elle sort du Latium pour batailler contre les cités étrusques. Elle porte la guerre en Samnium, en Campanie et en Sicile, d'où elle se lance dans les longues guerres puniques. Chaque année amenait une nouvelle expédition , et cela pour une bonne raison : peuple peu producteur, les Romains vivaient de la guerre comme d'un métier. Dans un pareil milieu et avec une pareille destinée, le citoyen romain devait se trouver en permanence sous le coup d'une mort imminente. Comment quitter sa maison, pour ne pas revenir peut-être, sans régler avec soin la gestion qui devait lui échapper ? L'expédient du testament *in procinctu* n'était pas d'une perspective rassurante. Le règlement de toute une maison demandait bien plus de réflexion, des mesures plus minutieuses, une publicité plus grande que n'en comportait une simple déclaration devant trois ou quatre soldats. N'oublions pas qu'il s'agit d'une maison romaine, et d'un citoyen investi de la *patria potestas*. La famille vivait sous le régime autocratique, dans lequel la transmission du pouvoir équivaut quelquefois à un bouleversement. Le père était tout dans la maison, et il faisait tout. Les fils travaillaient sous ses ordres, mais ils n'avaient aucune part à la direction.

A la verité, rien ne les préparait au rôle qu'ils devaient assumer plus tard. Leur situation n'était pas de beaucoup différente de celle d'un esclave. Avec le temps, les pères romains eurent l'idée de confier à leurs fils l'administration d'un pécule, dans l'intention de les habituer au maniement des affaires. Mais cet usage est né très probablement à l'époque déjà avancée, où les affaires d'argent étaient entrées dans la pratique romaine. Jusque-là, et dans une certaine mesure même après l'introduction des pécules, les fils de

famille arrivaient subitement à l'état de personnes *sui juris* et de chefs d'une *domus*, sans avoir été préparés à une fonction de cette importance. Aussi les pères de familles avaient-ils le devoir de régler cet avènement par des mesures prises à l'avance, et de recourir à certains arrangements particuliers de nature à assurer l'avenir de la maison.

Voici une autre considération, qui devait entrer dans les préoccupations du père de famille. Certains textes nous font entrevoir l'existence de communautés héréditaires dans les premiers temps de Rome. Aulu-Gelle rappelle une époque, déjà ancienne pour lui, où la communauté était la loi des cohéritiers. « Et coibatur societas inseparabilis, dit-il, tan« quam illud fuit *antiquum consortium*, quod jure atque « verbo romano appellatur « ercto non cito » (1). *Herctum*, avons-nous vu, était l'héritage ; *herctum non citum*, héritage non partagé (2). Les cohéritiers communistes, s'appelaient *consortes* (3), de *sors*, lot de terre, domaine d'une famille (4). *Consortes* étaient synonymes de frères (5) ; ce qui tend à prouver que ceux-ci avaient eu pendant longtemps l'habitude de vivre dans l'indivision (6). D'autre

1. Aulu-Gelle, I, 9.

2. Donatus apud Serv., *ad Æneid.*, 612. Citæ divisæ ut est in jure : ercto non cito ; id est patrimonio vel hereditate non divisa.

3. Festus, v° Erctum citumque fit inter consortes, unde et familiæ erciscundæ. — Cicéron, *De Orat.*, I, 56 : Idcirco qui quibus verbum herctum cieri opporteret nesciat, idem herciscundæ familiæ causam agere non possit? Paul Diacon., *Exc. ex Festo* : Erctum citumque fit inter consortes, ut in libris legum Romanorum legitur ; erctum a coercendo dictum, unde et erciscendæ et ercesci ; citum autem est vocatum a ciendo.

4. Festus, v° Sors et patrimonium significat, unde consòrtes dicimus. Varron, L. lat. VI, 7 : Consortes ad quos eadem sors.

5. Cic., *Verr.*, II, 3, 23 : Tres fratres consortes ; Tite-Live, XLI, 27 : Cneius Fulvius qui frater germanus et, ut Val. Antias tradit, consors etiam censoris erat ; Pline, Epist. VIII, 18, 4 : Consors frater ; Lucrèce, III, 769 ; Vell. Paterc., I, 10 ; Synonyme de frères et sœurs : Tibulle, II, 5, 24 ; Ovide, *Métam.*, XI, 347 ; VI, 97, *Héroïdes*, XIII, 61.

6. Vers la fin de la République nous trouvons encore les exemples suiv. Lic. Crassus, consul en 657 a. u. c. vivait avec ses deux frères mariés dans la maison paternelle. (Plutarque, *Crass.* I. 1.) La même chose est affirmée de M. Porc. Cato Censorius (Plutarque, *Caton*, I, 1) de son fils

part, Gaius nous affirme que l'action en partage n'a été connue que dès la loi des XII Tables : « Actio familiæ erciscundæ proficiscitur e lege duodecim tabularum ; namque coheredibus aliquam actionem constitui qua inter eos res « hereditarias distribuerentur (1) ». On peut donc admettre, sans crainte de hardiesse, que le *consortium* a été à peu près le droit commun parmi les cohéritiers avant l'époque des décemvirs. Mais comment admettre l'existence de pareils *consortia* sans un chef reconnu et assez autorisé pour faire la loi à ses cohéritiers ? Et d'autre part, le droit d'aînesse n'existant pas à Rome, n'est-il pas naturel d'admettre que ce chef était choisi et désigné à l'avance par le père lui-même à la veille de sa mort ? Voilà comment, en présence d'enfants *sui heredes*, le père de famille était amené à faire un testament, afin d'instituer héritier par préférence celui de ses fils, qui lui semblait le plus digne et le plus capable de diriger la société des consorts. Et cette institution privilégiée n'impliquait pas l'exclusion des autres enfants ; ceux-ci gardaient leurs droits dans la communauté, et devenaient *patresfamilias* nantis des biens patrimoniaux. Seulement, les biens restaient indivis sous la direction supérieure du fils héritier, seul représentant de son père. On comprend aussi que le père n'avait aucun intérêt à répartir entre plusieurs enfants la charge de ses vota et autres engagements personnels. Pourvu que le fils héritier s'en acquittât sur les biens de la communauté, le but du testateur était atteint à tous égards.

Il pouvait arriver aussi que le père eût des motifs particuliers de mécontentement contre l'un de ses fils ; alors il châtiait le fils insoumis, comme il avait récompensé

M. Porc. Cato Licinianus (Plut. *Ibid.* 28, 2), et de Marius (Plut. *Marius*, 3, 1) M. et Qu. Tullius Cicero sont nés tous les deux dans la maison de leur grand-père (Cic., *De leg.* II, 1).

1. Gaius, L. 7, Dig., X, 2.

le fils respectueux. De même qu'il avait dit de l'un : *heres esto*, il disait de l'autre : *exheres esto*. Cette dernière formule excluait l'enfant exhérédé de la communauté de ses frères, et équivalait à la répudiation entre vifs, qui a toujours été dans les pouvoirs du père. Le testament devenait ainsi un moyen de distribuer l'éloge et le blâme, les récompenses et le châtiment, entre les enfants survivants, et prenait les proportions d'un jugement suprême rendu au moment de la mort Aussi les textes appellent-ils le testament : « Ultimum judicium (1), supremum judicium (2), judicium familiæ (3). » C'était le dernier acte du père et le plus élevé, dans l'exercice de sa magistrature domestique.

Mais le testament pouvait encore avoir en vue un autre résultat. Puisque le partage était difficile à faire entre cohéritiers avant l'introduction de l'*actio familiæ erciscundæ*, et qu'il y avait néanmoins intérêt à le réaliser dans certains cas, le père trouvait un moyen commode dans le testament. Il pouvait, ou bien instituer tous ses enfants héritiers pour des parts déterminées, en les proportionnant suivant les mérites d'un chacun ; ou bien, puisqu'il lui fallait quelquefois donner non des parts proportionnelles, mais des biens certains, et que les institutions *ex certa re* n'ont pas été probablement admises dès le début, il instituait un seul héritier et assignait aux autres enfants des biens spécifiés pour chacun. Cette assignation se faisait au moyen des legs. Le procédé était très simple. En vertu du pouvoir quasi législatif, qui appartenait au père dans la confection du testament, il détachait de son patrimoine les biens qu'il voulait léguer, de manière que le patrimoine passât à l'héritier institué, allégé des biens légués, et que ceux-ci passassent aux légataires

1. L. 19, Dig., V, 2.
2. L. 20, § 3, Dig., X. 2.
3. Comp. LL. 8, § 10, 12, § 1, 32, Dig., V, 2; L. 34; *Ibid.* XXVII, 1. L. 13; *Ibid.*, XLIV, 4.

sans égard à la personne de l'héritier. Ces biens ne faisaient plus partie du patrimoine ; c étaient des patrimoines à part qui tombaient directement dans le domaine du légataire. Ce procédé était le legs *per vindicationem*, le plus ancien et le plus strict de tous les legs. Il transférait la propriété quiritaire par la simple déclaration du testateur : *do lego* (1). Ulpien cite ce legs parmi les trois cas d'acquisition *lege* (2). Et cela ne doit pas nous étonner. En outre de ce que nous avons dit de l'origine législative du testament, il faut se rappeler que le père de famille jouissait à Rome d'une certaine autorité publique au moment où il édictait ses dernières dispositions. Au point de vue sacral, c'était là les commandements d'un individu sur le point de devenir dieu; on les respectait à l'égal des ordres d'un Lare. On trouve encore aujourd'hui sur les tombeaux romains des inscriptions au nom de défunts, qui contiennent des peines véritables à l'adresse des violateurs des sépulcres ; nul doute, que ces peines fussent sanctionnées par l'autorité publique. En voici des exemples : HVIC MONVMENTO MANVS QVI INTVLERIT DABIT SESTERTIOS XX ; — HVI SI QVIS MANVS INTVLERIT VIRGENIBVS VESTALIBVS SOLVET POENA HS n. V. XX. — SI QVIS TITVLVM MEVM VIOLAVERIT INFERAT AERARIO HS. IX n.(3). On trouve aussi des inscriptions qui édictent des peines contre l'héritier qui aura vendu le fond patrimonial, et chose remarquable, ces peines frappent aussi le tiers acquéreur : ETSI CVI DONATVM VEL VENDITVM FVERIT EADEM POENA TENEBITVR... ; DARÉ DAMNAS ESTO AERARIO POPVLI ROMANI... EMPTOR ET VENDITOR (4).

1. *Fragm. Vatic.* 47, 57, 75. Paul., *Sent.*, III, 6, 526.
2. Ulp., *Reg.*, XXX, 17.
3. Bruns, *Fontes*, etc., p. 308 et 309. *Ibid* : SI QVIS AEAM ARCAM POST MORTEM EORVM APERIRE VOLVERIT INFERET DECVRIAE MEAE + XXV. — QVIS QVIS HVNC TITVLVM DESCIAVERIT AT VIOLAVERIT VENDIDERIT HS CC MILIA n. AERARIO POPVLI ROMANI DAMNAS ESTO DARE.
4. Gutherius, *De jure manium* p. 415, et 416., *Ibid*, p. 410 : SI QVI ADVERSVS ID FECERINT EORVM BONA PERTINERE DEBEBVNT AD REMPVBLICAM BRINDISINORVM.

Ajoutons que dans l'hypothèse que nous avons choisie comme ayant donné naissance au legs *per vindicationem*, le transfert direct de la propriété quiritaire était singulièrement facilité par le caractère inhérent aux fils de famille *heredes sui*. Au fond, ces fils devenaient propriétaires par eux-mêmes au décès du testateur ; les jurisconsultes leur reconnaissent même une certaine espèce de copropriété du vivant du père de famille(1). Le legs *per vindicationem* n'était de la sorte, du moins à l'origine, que la détermination et l'assignation précises d'une propriété existante par elle-même.

Le père pouvait aussi, tout en instituant les *sui*, leur assigner, en dehors de leurs parts, certains biens en préciput : « L. Titius hominem Stichum præcipito (2). » C'était alors un legs *per præceptionem*, variété du legs par vindication. Il pouvait aussi y avoir une soulte à payer en argent, voire même une somme à payer ou à donner à titre gracieux à un tiers ; l'héritier institué était alors damné suivant le langage sacral, c'est-à-dire obligé, à payer ou à faire une prestation : « Damnas esto dare facere (3). » C'est le legs *per damnationem*. L'acte pouvait aussi prendre une autre forme ; au lieu de contenir un transfert de propriété ou une obligation de faire pour l'héritier, il lui enjoignait de laisser prendre : « sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibique habere (4). C'était le legs *sinendi modo*. »

Le testament pouvait encore avoir un autre but très important. Il servait au père de famille à assurer le sort de ses enfants, s'ils étaient mineurs, et celui de sa veuve, pour

1. Gaius, II, 157, Sed sui quidem heredes ideo appellantur quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente *quodam modo domini* existimantur. Conf. Inst., II, 19, § 2. Paul, L. II, Dig., XXVIII, 2; Hac et causa licet non sint heredes instituti, *domini sunt*.

2. Gaius, II, 216-220.

3. *Ibid.*, II, 201 ; Ulp., XXIV, ; Paul III, 6 § 10 ; Servius, *ad Æneid.*, XII, 727 : in jure cum dicitur damnas esto hoc est damnatus esto ut des.

4. Gaius, II, 210 et suiv.

les empêcher de tomber au pouvoir de ses agnats. Pour éviter aux uns et à l'autre de recevoir des tuteurs parents, qui auraient embrassé leurs intérêts avec un zèle trop personnel, il leur nommait des tuteurs de son choix, en qui il pouvait se fier. C'était un acte de sollicitude pour ses enfants, et un acte de respect pour sa femme. En ce qui concerne cette dernière, la nomination d'un tuteur testamentaire était d'autant plus désirable qu'elle était exposée, à la majorité des héritiers mineurs, à tomber sous la puissance de ses enfants. C'était une perspective quelque peu incompatible avec la dignité de *materfamilias*. Aussi, assez généralement, le père donnait à la femme le droit de choisir elle-même son tuteur. « In persona uxoris quæ « in manu est, dit Gaius, recepta est etiam tutoris optio, id « est, ut liceat ei permittere *quem velit ipsa* tutorem sibi « optare (1). » Le droit d'avoir un tuteur optif était une grande faveur pour la femme. Une affranchie, du nom de Hispala Fecennia, ayant rendu service à la république par la dénonciation des Bacchanales, reçut par un sénatusconsulte différentes faveurs, parmi lesquelles le droit de choisir un tuteur : « Utique, dit Tite-Live, Fecenniæ Hispalæ datur « diminutio, gentis enuptio, *tutoris optio*, item esset quasi « ei vir testamento dedisset (2).

Les différentes dispositions que nous venons d'énumérer, et qui tendaient toutes à régler l'avenir de la maison au mieux des intérêts de tous et d'un chacun, le testament seul les rendait possibles. Pour qui connaît l'esprit d'ordre et de gestion minutieuse des pères de famille romains, le testament apparaît comme une nécessité de premier ordre. Il ne s'agissait pas seulement de sauver un culte et de trouver une homme dévoué, prêt à accomplir les cérémonies

1. Gaius, I, 150 et suiv.
2. Tite-Live, XXXIX, 19

funèbres, il importait au même degré de ne pas quitter ce monde sans avoir assuré le fonctionnement futur de ce royaume en petit, auquel le père avait présidé pendant toute sa vie. Ç'aurait été un acte de négligence coupable, qui eût entaché d'infamie le nom du père intestat. L'opinion publique le flétrissait presque à l'égal de l'*homo sacer*. Mourir sans testament était aussi bien une honte qu'un malheur (1). Au contraire, faire un testament c'était clore d'une manière digne une vie d'honneur ; bien plus, c'était l'acte le plus élevé et la plus haute manifestation de la vie entière. Lucien insinue en raillant que « la seule vraie manifestation que les Romains donnaient d'eux-mêmes pendant toute leur vie, était dans les testaments (2) ». Cette observation faite en manière d'ironie exprime pourtant l'exacte vérité, et une vérité qui fait honneur à la force morale et à l'esprit de discipline des Romains. Lucrèce montre très bien la haute signification du testament dans ces beaux vers (3) :

Nam veræ voces tunc demum pectore ab imo
Eliciuntur, deripitur persona, manet res.

Aussi ce qui frappait les Romains dans le testament, ce n'était pas l'institution d'héritier, qui en formait pourtant la base ; leur esprit n'y voyait que le père de famille résumant dans un certain nombre de règles les idées qui avaient dirigé toute sa vie, et édictant des dispositions suprêmes qui devaient assurer le bonheur de sa famille et l'honneur de son nom. Le Grec définit son testament une

1. Ce que nous avons dit de l'*intestabilis* à propos du témoignage, s'applique très exactement à l'homme mort intestat. Voir les textes cités à ce sujet (L. 18, § 1, l. 26, Dig., XXVIII, 1). Rappelons les expressions d'Horace : « Is intestabilis et sacer esto » ; de Plaute : « Semper caveto ne sisis intestabilis » ; le texte des XII Tables : « Improbus intestabilisque esto. »
2. Lucien, dans *Nigrin*, 30.
3. Lucrèce, *De rer. nat.*, III, 57.

εἰσποίησις, et lorsque Démosthène veut résumer l'esprit de la loi de Solon sur la succession testamentaire, il le fait dans ces termes : « Si un homme, étant sans enfants et libre de disposer de ses biens, adopte un fils, que sa volonté soit exécutée (1). » Le Romain ne pense ni à l'adoption, qui n'existe pas pour lui en cette matière, ni même à l'héritier institué ; il définit le testament : « Voluntatis nostræ justa « sententia de eo quod quis post mortem suam fieri « velit (2). » Il admet bien, comme Gaius, que l'acte puise son existence dans l'institution d'un héritier, « testamenta vim ex institutione heredis accipiunt » (3), mais le but du testateur c'est, ainsi que le dit le même auteur, de « mandare quid cuique post mortem suam dare vellet » (4). A tous les jurisconsultes le testament apparaît comme la manifestation de l'esprit du mourant, comme l'expression de ses volontés. « Testamentum est mentis nostræ justa contestatio, dit Ulpien (5) ; voluntatis nostræ justa sententia, » disait Modestin plus haut. Les Institutes de Justinien y voient même l'explication étymologique du mot : « Testamentum « ex eo appellatur quod testatio mentis est » (6) Servius Sulpicius, jurisconsulte contemporain de Cicéron, avait été le premier à hasarder cette dérivation ; Aulu-Gelle le reprend là-dessus, mais il doit avouer lui-même que l'erreur philologique de Sulpicius n'exclut pas la vérité de sa définition (7).

Est-il besoin maintenant de dire que le testament jouis-

1. Démosth., *Contre Stéphane*, II ; Dareste, II, p. 30.
2. Modestin, L. Dig.. XXXVIII, 1.
3. Gaius, II, 229.
4. *Id.*, II, 103.
5. Ulp., XX, 1.
6. Inst., II, 10 pr. ; aussi Théophile, II, 10.
7. Aulu-Gelle, VI, 12. « Servius Sulpicius jureconsultus, vir ætatis suæ doctissimus, in libro de sacris detestandis secundo qua ratione adductus testamentum verbum esse duplex non reperio, nam compositum esse dixit a mentis contestatione. Quid igitur calceamentum ? etc. Obrepsisse videtur Servio, falsa quidem *sed non abhorrens* neque *inconcinna* quasi mentis quædam in hoc vocabulo significatio. »

sait à Rome d'une préférence marquée sur la succession légitime? Tous les textes l'affirment. Ulpien les résume, en disant: « Quamdiu potest adiri hereditas ab intestato non defertur (1). » Le testament passe en première ligne; la succession légitime vient après: tant qu'il y a la moindre chance de trouver un héritier institué, les héritiers ab intestat restent à l'écart. Cela tient à bien des causes, dont la principale peut être formulée en ces termes: L'héritier légitime est moins héritier que celui qui est institué. Nous nous expliquons:

Le véritable héritier, le seul adéquat à son nom, était le fils, *heres suus*. Auprès du père de famille *herus*, il était le successeur, *heres*, le continuateur naturel du premier. Son droit existe déjà, avant l'ouverture de la succession. En vertu du droit supérieur de la famille il est en quelque sorte copropriétaire avec son père (2). Au moment du décès de celui-ci, il a l'air presque de se succéder à lui-même (3); il réalise alors une propriété, qui avait été latente jusque-là, et qui se révèle à ce moment aux yeux de tout le monde. Ce n'est qu'une métamorphose; comme la larve devient papillon, l'*heres* devient *herus*, sans aucun acte de sa part, par l'action fatale des événements. Il est l'héritier domestique, l'*heres suus et necessarius*, comme disent les textes. Il n'est pas héritier légitime ou

1. Ulp., L. 39, Dig., XXIX, 2.

2. Gaius, II, 157: Sed sui heredes vivo quoque parente quodammodo domini existimantur; L. II, Dig., XXVIII, 2 : In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo perducere, *ut nulla videatur hereditas fuisse*, quasi olim hi domini essent qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. Dans Plaute (*Trin.*, II, 2, 48) un fils dit à son père : « Quod tuom'st meum'st, omne autem meum tuom'st » (Térence, *Hec.*, I, 2, 42 : Hæc communia omnium quæ sunt patrum; *Phorm.*, V, 1. 26; Cic., *De off.*, I, 17; *Verr.*, II, 1, 54, 113 : Quibuscum i. e. *liberis*) vivi bona nostra partimur; Pline, *Paneg.*, 37; L. 1, §2, Dig. XLI, 5; L. 1, § 12, Dig., XXXVIII, 9; Paul, *Sent.*, V, 8, 6.

3. Doneau (*Commentarii*, lib., VII, c. 2) pense que tel est le sens de l'expression *heres suus*.

ab intestat. Lorsque le préteur inventa la *bonorum possessio unde legitimi*, il se vit forcé de créer une *bonorum possessio* spéciale pour les enfants, la *bonorum possessio unde liberi*, tellement les enfants comptaient peu parmi les héritiers légitimes.

Autre est la condition de l'héritier testamentaire. Avant la confection du testament, il est étranger à celui qu'il représentera plus tard. Le testament fait, il devient l'héritier en perspective du testateur sans que pourtant aucun autre lien, sauf celui du culte, le rattache à lui.

Il n'est pas *suus*, puisqu'il n'est pas soumis à la puissance du père ; il n'est pas *necessarius*, c'est-à-dire *domesticus*, puisqu'il n'a pas vécu dans la maison du testateur. Son droit ne se manifeste réellement qu'après la mort du père ; c'est alors qu'il devient *dominus* (1). Il n'est qu'une imitation incomplète de l'héritier sien. Son droit n'est pas existant par lui-même, il n'a pas vécu de la vie du testateur jusqu'à la confection du testament. Mais il a été recherché par le père privé d'enfants, qui lui a donné une partie de leurs attributions afin qu'il pût remplir à son égard tous les devoirs d'une postérité légitime. S'il n'a pas été *heres* dès sa naissance, il le devient par l'acte testamentaire, et s'il ne l'est pas dans la même mesure que l'enfant créé par la nature, il ne participe pas moins à l'affection du père, qui l'a créé héritier par sa volonté. Le testateur l'a choisi personnellement, lui a conféré le droit de le continuer et s'est reposé sur lui du soin d'accomplir ses volontés.

Quelle est maintenant la situation de l'héritier ab intestat? Elle est toute différente. La volonté et le choix du défunt n'y sont pour rien. C'est un tiers, parent il est vrai,

1. Nous ne parlons pas ici de *l'adition*, parce que nous croyons que l'adition n'a été imposée à l'héritier testamentaire que dans le testament « per æs et libram » de la seconde manière.

mais peu connu souvent, hostile peut-être, qui recueille la maison vacante, sans aucune communion d'idées avec le défunt, sans aucune connaissance de ses volontés. Où puise-t-il son droit ? Nous avons vu qu'à Athènes, lorsqu'un citoyen mourait sans enfants naturels ou adoptifs, la phratrie à laquelle il avait appartenu déléguait l'un de ses membres pour aller remplir dans la maison abandonnée les fonctions de l'héritier absent. Plus tard, la loi elle-même détermina celui de ses parents qui devait s'acquitter de ce devoir. A Rome, les choses ont dû se passer de la même manière. A la mort du père de famille intestat, ses agnats, et à leur défaut, les *gentiles* déléguaient un des leurs pour prendre la place de l'héritier absent. Cet héritier improvisé s'emparait de la maison par un acte d'initiative personnelle, appelé *adition*. Il puisait son droit, non pas dans la vocation établie par le père de famille, mais dans le choix du groupe auquel il appartenait. L'ordre des agnats ou des gentiles n'avait qu'à fournir un héritier ; ce devoir accompli, le droit de l'ordre était épuisé. Cela est tellement vrai que lorsque l'héritier désigné par les agnats faisait défaut pour un motif ou pour un autre, au lieu que ce fût un autre agnat qui prît sa place, le droit de désignation passait aux gentiles. Et lorsque l'héritier désigné par ceux-ci faisait défaut à son tour, personne n'avait plus le droit de se réclamer de la qualité de parent pour prétendre à la succession. La successio était non *graduum*, mais *ordinum* ; c'est ce que les juriconsultes romains exprimaient en disant : « In legitimis hereditati- « bus successio non est (1). » Mais l'agnat ou gentilis délégué lui-même pouvait transmettre à un autre le mandat qu'il avait reçu, et sous-déléguer un nouvel héritier. En

1. Paul, IV, 8, 23 ; Ulpien, XXVI. 5 ; Gaius, III, 11 et 12.

effet, il lui était permis de céder l'hérédité *in jure* à un tiers, qui devenait héritier à sa place. « Nam si is, dit Gaius, « ad quem ab intestato legitimo jure pertinet hereditas, in « jure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres « extiterit, perinde *fit heres is cui in jure cesserit*, ac si ipse « per legem ad hereditatem vocatus est (1). » Rien de pareil pour l'héritier testamentaire. Il était héritier par le choix personnel du défunt ; il devait remplir les devoirs de l'héritier lui-même, et non pas chercher un remplaçant par une *cessio in jure* commode. Sa mission était d'être héritier et non pas d'en fournir.

Ces différentes pratiques des héritiers ab intestat devaient jeter le plus grand désordre dans le règlement des successions. Les pères de famille les fuyaient autant que possible, en instituant des héritiers testamentaires ; ce ne fut pas l'une des moindres causes qui rendirent les testaments si fréquents et si populaires à Rome. Le père de famille, qui n'avait pas testé, pouvait s'attendre à voir sa succession, par un hasard ou par la mauvaise volonté d'un agnat, dévolue à un gentilis éloigné, avec la perspective en plus de voir tomber l'héritage dans le domaine commun ou être cédé à un tiers acquéreur. L'autorité publique se décida à intervenir pour mettre un peu d'ordre dans cette confusion. La loi des XII Tables établit que dorénavant ce serait le plus proche agnat au moment du décès du decujus, qui recueillerait sa succession. A son défaut, elle passerait aux gentiles. Dorénavant les héritiers ab intestat s'appellent héritiers légitimes puisque c'est la loi qui les désigne : « Hereditas, dit Gaius, ad nos pertinet vetere jure *e lege* « duodecim Tabularum vel ex testamento (2). » Mais pour être réglée par la loi, la succession ab intestat ne resta pas

1 Gaius, II, 35; Ulpien, XIX, 11-14.
2. *Id.*, L. 1; Dig., V, 3.

moins incertaine et accidentée, comme par le passé. La dévolution ab intestat continua à être *ordinum* et non pas *graduum*; l'héritier légitime ne garda pas moins le droit de céder l'hérédité *in jure* ; et les pères de famille ne s'en tinrent pas moins au testament avec une fidélité et un soin, qui n'ont fait que grandir avec le temps.

Les idées que nous venons d'exposer se reflètent admirablement dans le texte de la loi des XII Tables. La table qu'on est convenu d'appeler la cinquième, débute par les trois règles que nous allons donner dans leur ordre textuel :

« Uti pater legassit super pecunia tutelave rei suæ, ita « jus esto.

« Si intestatus moritur, cui suus heres nec escit, adgna- « tus proximus familiam habeto.

« Si adgnatus nec escit gentiles familiam habento. »

Le premier fragment pose le principe de la succession testamentaire; nous aurons à l'étudier plus tard de plus près. Le second règle l'ordre de la succession ab intestat, il commence par ces mots : « Si intestato moritur », qui marquent la priorité du testament. Ce n'est que dans l'hypothèse d'un père mort sans testament, qu'il peut être question de la succession légitime ; le caractère subsidiaire de celle-ci est donc bien posé... « Cui suus heres nec escit »... Remarque curieuse : parmi les trois espèces d'héritiers dont parlent nos textes, le *suus* seul reçoit le nom d'*heres*; pour les deux autres le mot est esquivé. N'est-ce point dire clairement qu'aux yeux de la loi des XII Tables le *suus* était un héritier d'une autre espèce que les autres, qu'il était le seul vrai héritier dans le sens antique et traditionnel du mot? Lui seul reproduisait entièrement son père, et réalisait la pérennité de la famille à travers les générations. Il est par lui-même ce que les deux autres deviennent

par la volonté du testateur ou de la loi ; il est naturellement ce que les autres sont artificiellement.

Aussi la loi, qui détermine par des dispositions spéciales la condition de l'héritier institué et de celui ab intestat, glisse-t-elle rapidement sur le cas du *suus*; elle ne le mentionne qu'en passant, comme une chose entendue d'elle-même dont la loi n'a pas besoin de s'occuper. Le principe de la vocation des *sui* n'est pas posé dans un texte ; c'est un principe antérieur et supérieur à la loi, qui vit dans les mœurs et les coutumes du peuple, comme une partie intégrante de son patrimoine moral, qui se passe aisément de la consécration et de la réglementation légales. « Si le decujus, dit le texte, meurt sans testament, et s'il n'y a pas d'héritier sien », — cela prouve qu'à l'époque des XII Tables, l'habitude existait depuis longtemps d'instituer les *sui*, et par conséquent aussi de les omettre.

Ce que la loi envisage en premier lieu, c'est l'existence d'un testament, lequel peut avoir institué un *heres extraneus* ou un *suus*. S'il n'y a pas de testament, et qu'on se trouve en présence d'un *suus*, ce sera le cas normal de la succession familiale ; le suus succédera à son père, *proprio jure*, sans avoir besoin d'une investiture légale. En un mot il est héritier sien, et non pas légitime. Ce n'est qu'à défaut d'un héritier institué ou sien, que la loi intervient pour attribuer la succession au plus proche des agnats. Mais cette dévolution a un caractère particulier. La loi ne dit pas de l'agnat comme le testament le dit de l'institué : « Heres esto », qu'il soit héritier en sa personne. Elle dit : « proximus adgnatus familiam habeto », que le plus proche agnat ait la maison, qu'il s'y attache et en prenne soin. La différence entre les deux locutions est grande. L'héritier institué est tenu d'être héritier à moins de motifs qui l'en empêchent. L'héritier légitime est tenu

de fournir un héritier ; ce qui n'est pas la même chose. Ce qui avait été jusque-là l'obligation générale de son ordre, devient maintenant son obligation personnelle. Il est tenu de faire adition lui-même ou de trouver une autre personne qui la fasse à sa place. Moyennant la *cessio in jure* de l'*hereditas*, l'opération sera faite et le devoir de l'agnat accompli.

Le droit des gentiles est établi dans le troisième fragment de la même manière que celui des agnats : « Si agnatus « nec escit gentiles familiam habento ». Ici non plus, il n'y a pas de vocation personnelle, mais une attribution réelle et une succession anonyme. Les règles de l'adition et de la cession sont les mêmes. La seule différence est que le texte emploie le pluriel : *gentiles*, au lieu du singulier : *proximus gentilis*. Y a-t-il une raison particulière à cela? Nous ne saurions trop le dire. Il est probable que les gentiles gardaient le droit de désigner eux-mêmes la personne qui devait les représenter par rapport au défunt; il paraît aussi qu'à une certaine époque on se contentait de verser les biens vacants dans le Trésor de la gens. Quoi qu'il en soit de ce point, il est certain que la succession des gentiles ne se maintint pas jusqu'au bout; du temps de Gaius il n'en était plus question que comme d'une vieillerie tombée en désuétude (1).

La comparaison que nous venons de faire entre la succession testamentaire et la succession ab intestat, nous permet de comprendre le sens de la fameuse règle : « Nemo « pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest (2). » Il était impossible, à Rome, de laisser en mourant des héritiers légitimes en concours avec des héritiers institués ; le cas, affirme Cicéron, ne s'est jamais présenté. « Unius enim pecuniæ plures dissimilibus de causis here- « des esse non possunt, *nec unquam factus est* ut ejusdem

1. Gaius, III, 17.
2. L 7. Dig. 4. 17.

« pecuniæ alius *testamento* alius *lege* heres esset (1). » Ce texte est d'une clarté lumineuse, et cadre à merveille avec les idées que nous avons exposées plus haut. Lorsqu'une domus est devenue vacante, on consulte d'abord le choix du défunt. A-t-il désigné son héritier, la succession sera testamentaire. A-t-il négligé de faire un choix personnel, les parents, et plus tard la loi, désignent l'héritier à sa place, et ce sera une succession légitime. Mais, cela est évident et résulte de la nature même des choses, les héritiers ne peuvent pas être à la fois désignés par le défunt et choisis par la loi, à la suite d'un oubli du défunt. On ne peut pas admettre, en fait, que la succession ait été réglée par le testateur, et que la loi fût forcée d'intervenir, parce que la succession n'a pas été réglée. Il y a entre les deux idées une contradiction formelle; comme le dit très bien Pomponius : « earum rerum naturaliter inter se pugna est » (2).

Quant aux cas très rares où des héritiers légitimes semblent arriver en concours avec des héritiers institués, ils ne dérogent nullement à la règle. Ces cas se présentent, lorsqu'une fille ou un petit-fils a été omis dans le testament du père (3); ou lorsque la *querela inofficiosi testamenti* intentée avec succès par des enfants omis ou exhérédés arrive à rescinder le testament pour partie seulement (4). Nous pourrions répondre tout d'abord sur le dernier cas que la *querela inofficiosi testamenti*, étant une institution non strictement civile, qui bouleverse toutes les règles du droit civil au point de favoriser les cognats au même titre que les agnats, il ne serait pas étonnant que la règle : *Nemo pro parte*, etc., eût été violée à son tour.

1. Cic., *De inv.*, II, 21. — Conf. Pomp., L. 7, Dig., L. 17; *Inst.* II, 17, § 5, et paraphrase de Théophile.
2. L. 7. Dig., L. 17.
3. Gaius, II, 124; Paul III, 4, 6, 8; L. 4. C. VI, 28,
4. LL. 15, § 2, 19, 24; Dig., V, 2. L. 29 pr. *Ibid.*, XLIV, 2.

Mais la règle n'a pas été violée. Les hypothèses que nous venons d'indiquer ont presque toutes pour résultat de faire triompher le droit des sui à côté de celui des héritiers institués. Les sui, avons-nous dit, ne sont pas des héritiers légitimes, ce sont des héritiers naturels, dont la vocation n'émane pas de la loi. Ils n'ont aucunement ce caractère subsidiaire, qui fait que l'on recherche un héritier légitime pour remédier au défaut de testament. Cela est visible dans la loi 4 du Code, VI, 28, qui mentionne le cas de la fille ou des petits-fils omis ; elle les considère comme des héritiers institués, chargés pour leur part de l'acquittement des legs et autres charges de l'institution. Ce ne sont pas des héritiers ab intestat ; si le texte les considère non pas simplement comme des sui, mais comme des héritiers testamentaires, c'est parce que le testament maintenu malgré l'accession de la fille et des petits-fils omis, doit être maintenu à l'égard de tous les héritiers. La règle : *Nemo pro parte*, etc., n'est donc pas violée. Si dans un certain cas, la *querela* aboutit à la rescision du testament au profit d'un frère, on peut parfaitement admettre que la pratique centumvirale ait assimilé le droit du frère à celui du *suus*, ce qui est aussi probable que conforme à l'équité dont elle a fait preuve par l'admission de la *querela inofficiosi testamenti*.

Quant au principe qui avait inspiré la succession ab intestat, il continuait malgré la règle établie par la loi des XII Tables, à agir librement dans l'esprit et les coutumes du peuple, au moyen d'un usage qui a toujours dérouté les jurisconsultes anciens et modernes. Il était admis à Rome, depuis des temps indéterminés, que lorsqu'une succession était ouverte, que personne ne se présentait en qualité d'héritier, et que les agnats ou les gentiles ne venaient pas en présenter un de leur choix, le premier venu parmi les citoyens pouvait pénétrer dans la maison déserte,

allumer le feu du foyer, accomplir les rites funèbres et se comporter en tout comme un véritable héritier. On ne voyait dans cet acte que l'accomplissement d'un devoir de piété, qui incombait en première ligne aux agnats et gentiles, et après eux, à tous les membres de la cité.

C'est la coutume que nous avons appelée à Athènes l'adoption posthume et spontanée. A Rome on l'appelait *usucapio hereditatis*. Les jurisconsultes de l'époque classique la voyaient d'un mauvais œil; le sens de la vieille institution leur avait échappé depuis longtemps. Ils ne voyaient devant eux que l'*usucapio pro herede*, qui leur apparaissait comme une excroissance malsaine du principe de l'usucapion ordinaire; Gaius l'appelait possession malhonnête, « improba possessio » (1). Les jurisconsultes ne se doutaient pas que dans cet usage réprouvé vibraient les derniers échos de ce qui avait été jadis le principe et l'essence du droit de succession. Cette coutume n'était que la manifestation dernière et déjà excessive de ce sentiment inné dans le cœur du Romain, qui le portait à assurer aux défunts un continuateur fidèle à leur pensée et à leur culte. C'était là un office pieux que le Romain devait au Romain, et la pratique de l'usucapion héréditaire, à côté de la succession légitime, prouve que le peuple romain n'a pas failli à ce devoir.

1. Gaius, II, 55.

## CHAPITRE IV

# LE TESTAMENT IN PROCINCTU

---

La question du testament prenait une importance particulière en temps de guerre, lorsque l'appel de la cité forçait le citoyen à quitter son foyer et sa famille, pour courir à une mort presque certaine. On sait que les guerres ne manquaient pas à Rome. Tite-Live rapporte que depuis le règne de Numa, le temple de Janus, destiné à rester ouvert en temps de guerre, n'a été fermé que deux fois jusqu'à Auguste; la première fois sous le consul Titus Manlius, à la fin de la première guerre punique, et la seconde, à l'avènement même d'Auguste, après la bataille d'Actium (1). Dans de pareilles circonstances, la loi dut penser à offrir aux soldats des facilités particulières pour qu'ils pussent tester devant l'ennemi. On admit qu'une déclaration faite avant la bataille devant trois ou quatre soldats constituerait un testament aussi valable que s'il avait été fait devant les *calata comitia*.

1. Tite-Live, I, 19.

On appelait ce testament militaire *testamentum in procinctu*, du mot *procinctus* qui désignait l'état du soldat prêt à combattre. « Endo procinctu, dit Festus, significat quum ex « castris in prælium exitum est; procinctos quasi præcinctos « atque expeditos, nam apud antiquos togis incincti « pugnasse dicitur » (1). En effet les Romains se ceignaient d'une manière particulière au moment d'engager le combat; ils rejetaient la toge par derrière en en ramenant un bout par devant. en guise de ceinture (2). Les vieux Latins, affirme Servius, auraient combattu ceints de la sorte avant qu'ils n'aient connu l'usage des armes. On appelait cette tenue « cinctus Gabinus » d'une aventure mémorable arrivée aux Gabiens. Ceux-ci se trouvaient un jour réunis pour célébrer des *sacra*, sans armes et drapés suivant la mode latine, lorsque l'ennemi les surprit à l'improviste; ils se jetèrent sur lui et remportèrent la victoire. Depuis ce fait miraculeux, le *cinctus Gabinus* passa pour un présage de bon augure, et les Romains ne manquaient jamais de se vêtir de la sorte, lorsqu'ils allaient au-devant de l'ennemi.

Plutarque nous donne la description d'un testament *in procinctu* à l'époque de Corio lan. « Les Romains, dit-il, avaient la coutume, lorsqu'ils étaient rangés en ordre de bataille, la main au bouclier et la toge ceinte, de faire un testament oral et de nommer un héritier devant trois ou quatre témoins (3) ».

Festus dit la même chose sous une forme plus concise: « In procinctu factum testamentum dicitur quod miles

1. Festus, v° Procinctu classis dicebatur, exercitus ad prælium instructus et paratus, quem diali flamines videre non licet. Antiqui enim procinctum militem dixerunt ut unus quoque cum exercitus instructus est. Procinctu autem ideo quod togis incincti ad pugnam ire soliti fuerant. Unde et testamenta fieri dicta quod faciunt ad pugnam ituri.

2. Servius, *ad Æneid.*, VII, 612.

3. Plutarque, *Coriolan*, 9.

« pugnaturum nuncupat præsentibus commilitonibus (1). »

Il résulte de ces deux textes qu'aucune formalité n'était requise, en dehors de la déclaration devant témoins. L'expression de la volonté du défunt, attestée par trois ou quatre soldats, suffisait pour constituer un testament. Est-ce à dire que ce genre de testament se passait entièrement des formes, si rigoureusement exigées d'un testament fait en temps de paix ? N'y aurait-il plus eu ni réunion du peuple, ni intervention des pontifes, ni règlement des *sacra* ? Certes non ; la transition d'un testament à l'autre aurait été trop brusque. Il faut admettre que l'armée, étant le peuple sous les armes, représentait suffisamment par elle-même ou par un certain nombre de soldats la réunion obligée des *calata comitia*. Il est certain, d'autre part, que les cérémonies religieuses qui précédaient tout engagement belliqueux, avaient pour effet de consacrer à l'avance les opérations faites pendant les hostilités. Cicéron se plaignait que de son temps les testaments *in procinctu* devenaient impossibles, parce que les généraux omettaient de prendre les auspices avant d'aller à la guerre : « Itaque maximæ res « publicæ partes in his bellis quibus reipublicæ salus con- « tinetur, nullis auspiciis administrantur ; nulla perennia « servantur, nulla ex acuminibus, nulli viri vocantur, ex quo « improcinctu testamenta perierunt (2). » Ce changement ne devait pas dater de longtemps. Velleius Paterculus cite encore un testament *in procinctu* dans la guerre de Numance vers l'année 600 de la ville (3).

Ce que nous venons de dire des formalités du testament militaire confirme de beaucoup ce que nous avons dit du rôle du peuple dans les *calata comitia*. Si l'on s'en souvient, notre avis,

1. Festus, v° *In procinctu*.
2. Cic., *De natura deorum*, II, 3.
3. Vell., Paterc., II, 5.

contrairement à celui de la plupart des auteurs, a été que les comices ne votaient pas les testaments, et qu'ils y intervenaient à titre de témoins. Or, la substitution de l'armée aux comices prouve qu'à la vérité le rôle de ces derniers n'était pas législatif. En effet, l'armée réunie hors des murs abdiquait tout pouvoir souverain; son rôle était d'obéir « Centuriata comitia, dit Gaius, intra pomoerium fieri fas esse; quia exercitum extra urbem imperari oporteat; intra urbem imperari jus non sit (1). » Comment une réunion aussi passive que l'armée aurait-elle pu remplacer sans inconvénient une assemblée aussi active que les comices législatifs ? Il est bien plus naturel d'admettre l'identité de rôle des deux assemblées, ce qui expliquerait très facilement la substitution de l'une à l'autre, et la validité facilement admise des testaments *in procinctu*.

Aulu-Gelle, dans le passage que nous venons de citer, rapproche l'armée des *comitia centuriata*. C'est qu'en effet, l'armée reposait sur la division des centuries et admettait les plébéiens à côté des patriciens dans une série de classes, où la fortune seule décidait du rang et de l'influence des citoyens. Les plébéiens pouvaient tester *in procinctu*, pour ainsi dire devant des *calata comitia centuriata*.

Ces *comitia centuriata* fonctionnaient-ils aussi en temps de paix à l'effet de permettre les testaments plébéiens ? Nous avons soutenu la négative. Les *comitia centuriat ι* nous paraissent sortir du cadre des institutions patriciennes et sociales, dont fait partie le testament *calatis comitiis*. Il est à penser aussi que, si les plébéiens avaient eu le moyen de tester en temps de paix devant les *comitia centuriata*, ils n'auraient pas eu recours au moyen de la *mancipatio*, qui a donné naissance au testament *per æs et*

1. Aulu-Gelle, XV, 27.

*libram*. Sans vouloir rouvrir un débat qui a été vidé au chapitre précédent, nous dirons seulement qu'en ce qui concerne les patriciens, il nous semble impossible qu'ils aient jamais consenti à soumettre leurs testaments à une assemblée en grande partie plébéienne ; quant aux plébéiens, ils avaient tout à redouter des patriciens, encore nombreux et influents dans les centuries. Faut-il encore ajouter, qu'il était peu probable, et peu conforme à l'esprit pratique des Romains, de convoquer le ban et l'arrière-ban des centuries, 80.000 hommes à l'origine, rien que pour permettre aux plébéiens de faire des testaments, qui certainement à cette époque n'étaient pas encore reconnus par la loi ? Nous n'insistons pas davantage. Nous croyons, pour notre part, que pendant assez longtemps, jusqu'à l'invention du testament mancipatoire, les plébéiens n'ont pu tester qu'en temps de guerre.

## CHAPITRE V

# LE TESTAMENT PER AES ET LIBRAM

Comme toutes les cités antiques, Rome eut, à côté des gentes établies depuis la fondation, une catégorie d'habitants, gens sans feu ni lieu, venus d'un peu partout et admis par tolérance au service de la cité. En Grèce on les appelait « les mauvais » (κακοί); à Rome on les désignait du nom méprisant de « plebs, la foule. »

Leur origine à Rome est entourée d'obscurités. Les uns voient dans la plèbe une extension de la clientèle patricienne; d'autres croient y reconnaître des transfuges et des détachements transportés des premières cités latines conquises par les Romains. Cette dernière opinion paraît la plus vraie. Il est probable aussi que nombre d'immigrants ont été attirés, soit par l'excellente position commerciale de la nouvelle ville auprès de l'embouchure du Tibre, soit aussi par l'appel des rois, qui en firent les soldats de l'État naissant. On trouve des plébéiens dès le règne de Romulus, qui leur assigna un lieu d'établissement sur la pente du mont Capitolin, en dehors de l'enceinte sacrée placée sur le Palatin.

Plus tard, Ancus Martius, ayant soumis un certain nombre de villes latines entre le Tibre et l'Anio, et du côté d'Ostie, en transporta les habitants à Rome et les fixa sur le mont Aventin.

Les quelques familles patriciennes et sacerdotales, qui se trouvaient parmi les populations immigrées, furent aussitôt incorporées par les patriciens romains. La foule, restée étrangère à la communion et au culte des gentes, se trouva par là rejetée dans une condition avilie. « Plebitatem, dit Nonius Marcellus, ignobilitatem (1). » Un peuple vaincu n'est pas traité plus durement par le vainqueur, que les plébéiens ne le furent par les patriciens. Et pourtant entre ces deux classes il n'y avait ni hostilité véritable, ni antagonisme d'intérêts. Ce qui les séparait, au point d'en faire deux castes, c'était le principe religieux de la société antique. Les plébéiens avaient un grand défaut, celui de ne pas posséder de *gentes*. « Plebes, dit Aulu-« Gelle, ea dicitur in qua gentes civium patriciæ non « insunt (2). Vos solos gentes habetis, » dit un orateur de Tite-Live haranguant les patriciens (3). Ce vice originel entraînait une foule de déchéances. Les plébéiens ne pouvaient avoir de *patria potestas*, puisqu'ils ne faisaient point partie de la communauté civique; leurs enfants étaient *vulgo concepti*. Leurs mariages n'avaient pas la valeur des *justæ nuptiæ* : « Connubia promiscua habent more fera-« rum (4). » Leur propriété, n'étant point consacrée par les rites, n'était point garantie par la loi. Leur vie même n'était pas assurée; le meurtre d'un homme de la foule

1. Bruns, *Fontes*.
2. Aulu-Gelle, X, 20.
3. Tite-Live, X, 8.
4. *Ibid.* IV, 2 : Quam aliam vim connubia promiscua habere nisi ut jus ferarum prope ritu vulgentur concubitus plebis patrumque? Ut qui natus est ignoret cujus sanguinis, quorum sacrorum est.

n'était ni une *perduellio* ni un *parricidium*. La loi qui institua les tribuns de la plèbe, portait : « Que nul ne s'avise de frapper ou de tuer un tribun, comme il ferait d'un homme de la plèbe (1). »

La plèbe se serait difficilement relevée de cet avilissement, si elle n'avait trouvé un puissant appui dans la royauté. Presque tous les rois de Rome, à l'exception de Numa et d'Ancus, ont été en guerre ouverte avec le patriciat. Le souvenir encore récent de l'autonomie disparue, le souci des nombreux privilèges qui leur appartenaient, poussaient les gentes à résister à l'action niveleuse des rois. Il est à croire que Romulus et Tullus Hostilius ont péri victimes de ces luttes. Les Tarquins et Servius n'ont pas eu des règnes moins agités. Aussi les rois étaient-ils contents de trouver un point d'appui chez les plébéiens. Tullus les admit au culte de Jupiter Capitolin qu'il venait de créer (2). Tarquin l'Ancien, Etrusque d'origine, leur dut la couronne.

Servius Tullius, à qui la légende attribue une origine servile, s'employa à relever les plébéiens de leur infériorité politique et sociale. Il distribua parmi eux des terres prises sur l'ennemi, ce qui les rendit propriétaires ; il édicta des mesures protectrices des débiteurs obérés, la plupart plébéiens, ce qui établit un commencement de droit commun entre la plèbe et les patriciens. Il divisa ensuite le territoire en quatre tribus, qui comprenaient tous les habitants, sans distinction d'origine, groupés d'après leur domicile. Des Lares furent érigés dans les carrefours de la ville, dans les circonscriptions des campagnes, afin que les gens sans culte pussent en avoir en partage. Les fêtes de quartier et du bourg (*compitalia* et *paganalia*) constituèrent ainsi un commencement de religion plébéienne. La plèbe fut admise

1. Denys, VI, 89.
2. Tite-Live, I. 55; V, 54.

à la cérémonie de la lustration, par laquelle le roi consacrait le peuple tous les ans ; ce qui les fit entrer dans la communion romaine. Les plébéiens furent admis aussi à faire partie de la légion militaire. L'armée tout entière fut divisée en cinq classes, qui reçurent tous les citoyens possesseurs de quelque bien, groupés suivant le chiffre de leur fortune. Les cinq classes sous-divisées en cent quatre-vingts centuries environ, eurent certaines attributions politiques touchant à l'armée, telles que la nomination des chefs, et la décision en matière de guerre et de paix ; plus tard ces *comitia centuriata* obtinrent des attributions législatives, concurremment avec les *comitia curiata*.

L'expulsion des rois porta un grand préjudice à la plèbe. Les patriciens, ne rencontrant plus aucun obstacle, donnèrent libre carrière à leurs rancunes et à leurs ambitions aristocratiques. C'est surtout au point de vue économique, que la condition de la plèbe devint précaire. Les soldats plébéiens, généralement peu fortunés, étaient retenus au dehors par le service de la république, pendant que leurs familles manquaient du nécessaire à la maison. Les terres restaient sans culture ; quant au butin de guerre qui aurait pu les enrichir, il était réservé à l'Etat et profitait principalement aux patriciens. Ceux-ci prêtèrent de l'argent aux plébéiens. Mais les emprunts grossis par des intérêts usuraires ne purent être acquittés, et devinrent assez vite un moyen efficace d'asservir la plèbe. Suivant la coutume de l'époque, le débiteur garantissait la dette par sa personne ; en cas d'insolvabilité le créancier avait le droit de le tuer ou de le vendre au delà du Tibre, lui ou ses enfants et ses proches (1). Cette voie d'exécution plus

1. Tite-Live, II, 24 : Concione deinde edicto addidit fidem quo edixit in quis civem romanum vinctum aut clausum teneret... neu quis milites donec in castra esset, bona possideret aut vendiret, *liberos nepotesve* ejus moraretur.

que rigoureuse n'était palliée ni par la loi ni par un recours quelconque en justice. La loi, c'était la coutume particulière à chaque classe, et inapplicable à une autre ; quant à l'action en justice, elle nécessitait certains rites et certaines formules, qui étaient restés le secret des patriciens. Aussi les plébéiens réclamèrent-ils incessamment la rédaction d'une loi uniforme, la création de magistratures communes, et la réforme de la justice. Après divers soulèvements, dont deux sécessions, ils obtinrent d'abord la création des tribuns de la plèbe et ensuite la nomination de dix magistrats investis de pouvoirs dictatoriaux et chargés de rédiger le code du droit commun romain. Les décemvirs s'acquittèrent de cette mission, en élaborant pendant deux ans un corps de lois écrites sur douze tables, qui furent sanctionnées par le peuple, et devinrent la charte fondamentale de la cité, « fons omnis publici privatique juris » (1).

La loi des XII Tables n'innova que sur un petit nombre de points, assez difficiles, du reste, à préciser. Son but était plutôt de codifier les coutumes existantes et de les fondre dans une législation uniforme applicable à tous les membres de la cité. La mission des décemvirs avait été de « *æquare libertatem, æquare jura* (2) » ; eux-mêmes se vantaient « *se omnibus summis infimisque jura æquasse* (3) ». Mais cette tendance même détermina l'avènement d'un droit nouveau, qui avait existé jusque-là à l'état latent dans la masse plébéienne, et que la consécration légale fit apparaître au grand jour.

Les plébéiens n'avaient pas manqué, durant leur longue exclusion du droit patricien, de créer à leur usage particulier certaines coutumes, qui peu à peu remplirent tout le domaine du droit privé. Ces coutumes présentaient évidem-

1. Tite-Live, III, 34.
2. *Ibid.*, III, 31. — 3. *Ibid.*, II, 34.

ment un caractère profane, dépourvu de toute valeur sacrale. Etablie sur d'autres bases que la société patricienne, plongée dans un milieu pour ainsi dire laïque, la plèbe produisit un droit nettement civil. S'ils étaient exclus du *jus connubii*, c'est-à-dire du droit d'entrer dans la communion des gentes, les plébéiens jouissaient du *jus commercii*, c'est-à-dire du droit de commercer librement et d'accomplir valablement les transactions ordinaires de la vie matérielle. Ce droit était reconnu aux Latins, comme généralement à toutes les populations amies de Rome, parmi lesquelles il constituait une sorte de droit international, analogue au *jus gentium* de l'époque classique. Il comprenait probablement certaines pratiques admises depuis des temps immémoriaux parmi les peuples de l'Italie centrale. Les auteurs romains les désignaient par la locution générale *per æs et libram agere*. L'action par le cuivre et la balance a dû être certainement une de ces formalités solennelles et symboliques, dont les hommes de l'époque patriarcale aimaient à entourer leurs transactions avec les membres d'une famille ou d'une tribu étrangère. Le cuivre, ou pour mieux dire le bronze (*æs*) était la matière dont on fabriquait les armes, et constituait par là la valeur la plus précieuse et la plus communément acceptée, c'est-à-dire la monnaie de l'époque. La balance servait à peser cette monnaie ; il y avait, en outre, certaines paroles solennelles et certains gestes, dont il sera question tout à l'heure. A Rome, cette cérémonie s'appellait tantôt *mancipium* ou *mancipatio*, tantôt *nexum*, bien que le *mancipium* s'appliquât plus particulièrement aux transferts des biens, et le *nexum* à la création des obligations ; mais c'est *mancipium* qui est l'expression la plus générale (1).

1. Festus, v° Nexum est, ut ait Gallus Ælius quodcunque per æs et libram geritur, ad quod nexi dicitur ;quo in genere sunt hæc : testamen-

Voici en quels termes Gaius décrit la *mancipatio*, telle qu'elle était pratiquée de son temps : « Est autem manci-« patio imaginaria quædam venditio, quod et ipsum jus « proprium civium Romanorum est ; eaque res ita agitur. « adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Ro-« manis puberibus et præterea alio ejusdem conditionis, qui « libram æneam teneat, qui appellatur libripens ; is qui « mancipio accipit, æs tenens ita dicit : *Hunc ego hominem* « *ex jure Quiritium meum esse aio isque mihi emp-* « *tus esto hoc ære æneaque libra* ; deinde ære percutit « libram isque æs dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii « loco (1). » Cette description ne rappelle qu'incomplètement la *mancipatio* des premiers temps. Gaius n'y voit plus qu'une vente imaginaire ; il est presque certain qu'au début c'était une vente réelle, dans laquelle le morceau de bronze, appelé *raudusculum*, représentait réellement le prix de l'opération. Les *certa verba*, par lesquelles l'acquéreur affirmait son droit de propriété (*meum esse aio*) étaient suivis d'un appel aux témoins : *testatio* et *testimonii perhibitio*. Le vendeur à son tour répétait la même formule avec cette différence qu'il disait : « *Tuum esse aio*, et *tibi emptus esto* ; » déclaration suivie d'une nouvelle *testatio*. Puis le vendeur disait : « *Raudusculo libram ferito.* » Lorsque l'acquéreur avait frappé la balance avec le morceau de cuivre, le libripens le faisait placer sur la balance, le pesait et annonçait le résultat aux parties. Ajoutons qu'en prononçant la formule, l'acquéreur devait nécessairement toucher la chose, *manu capere* (2).

tifactio, nexi datio, nexi liberatio. — Varron (*L. lat.*, VII, 5) reproduit la même idée pour la rectifier ensuite : « Nexum Mamilius scribit omne quod per libram geritur, in quo sint mancipia ; Mucius (Scævola) quæ per æs et libram fiant *ut obligentur, præterquam mancipio dentur. Hoc verius esse* ipsum verbum ostendit. »

1. Gaius, I, 119.

2. *Ibid.*, I, 121. Unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur. — Varron, *L. lat.*, VI, 8 : Mancipium quod manu capitur. Conf. Paul Diac., v° *Manceps*.

C'est cette cérémonie, d'un caractère évidemment commercial, qui a servi aux plébéiens à réaliser tous les actes de la vie civile. Grâce à l'expédient des fictions, si important et si commun chez les anciens, on put, en toute circonstance, simuler une vente et faire une *mancipatio dicis gratia*. C'est ainsi que pour contracter mariage on émancipait la femme au mari, lequel disait : « *Hanc... ego ex jure* « *Quiritium uxorem liberum quæsundorum gratia et in mea* « *potestate esse aio* (1). » Le mariage contracté *coemptione* était dissous par une mancipation en sens contraire. La dot était mancipée en ces termes : « *Hanc ego rem ex jure Quiri-* « *tium dotis nomine meam esse aio* (2). » L'adoption était préparée par la mancipation de l'enfant à un tiers en ces termes : « *Hunc ego L. Titium tuum nepotem ex jure Quiritium in* « *mancipio meo esse aio*, *isque mihi emptus esto*, etc. » Après quoi le tiers, maître de l'enfant, revendiquait ses droits de paternité devant le préteur (3). La mancipation de l'enfant à un tiers créait au profit de celui-ci la puissance appelée *mancipium* (4). On employait ce procédé soit pour louer les services de l'enfant, soit pour l'abandonner au tiers, qu'il avait lésé par un délit (*noxæ datio*) (5). La mancipation servait encore à émanciper les fils (6), à réaliser les donations (7) et à établir des servitudes prédiales (8).

1. Oraison funèbre de Thuria dans *Corpus Inscr. lat.*, VI, 1 : Emancupata esset Cluvio.
2. Gaius, II, 63.
3. Ulp., X, I; Gaius, I, 134 Cic. *De fin.*, 1, 7: Filium in adoptionem alicui emancipare.
4. Cette expression n'aurait-elle pas désigné à l'origine toute puissance issue de la mancipatio ? Le mancipium n'aurait-il pas été la potestas plébéienne correspondant à la manus patricienne ? Voici un texte qui montre ces deux expressions réunies après la fusion des classes. Aulu-Gelle XVIII, 6 : Matrem autem familias appellatam esse non solam quæ in mariti *manu mancipioque* aut in ejus in cujus maritus *manu mancipioque* esset.
5. Gaius, I, 140, 141, II, 160 ; IV, 79.
6. Dig., I, 7 ; Gaius, I, 132; Ulp , X, 1.
7. *Fragm. vatic.*, 319.
8. Gaius, II, 29, 32; Ulp., XIX., 5, 11.

Les obligations étaient créées, et à l'inverse éteintes, par une variété de la mancipation, appelée *nexum*. Cet acte se faisait à peu près dans les mêmes formes que le *mancipium* ; seulement, par une déclaration annexe (*lex mancipi*) le débiteur s'engageait à se considérer comme *damnatus* en cas de non-paiement de la dette, ce qui permettait au créancier d'exercer immédiatement sur lui la *manus injectio*, et de l'emmener en captivité. On voit que l'obligation résultant de cet acte était gagée sur le corps du débiteur, et comme le débiteur et sa maison ne faisaient qu'un, sur sa *familia* et ses enfants (1). Ceci nous conduit à croire qu'à l'origine le *nexum* ne différait pas du *mancipium* ; le débiteur se mancipait lui-même au créancier, sous la condition sous-entendue que le créancier n'exercerait son droit qu'en cas de non-paiement de la dette. Il y a là quelque chose qui rapproche le *nexum* de la *coemptio*.

Ces différentes applications de l'acte *per æs et libram* furent validées à l'égard de tous les citoyens romains, par cette règle générale de la loi des XII Tables : « Cum nexum « faciet mancipiumvue, uti lingua nuncupassit, ita jus « esto. » Désormais le droit profane est fixé d'une manière définitive et devient le droit commun de la cité. Peu à peu, les pratiques sacrales, qui étaient restées le secret des patriciens et des pontifes, se réfugient dans certaines matières particulières, et le droit basé sur la *mancipatio* devient de plus en plus le droit civil par excellence, le *jus Quiritium*.

1. Denys, VI, 26 : «Après cela, n'ayant plus de quoi payer mes dettes, mon impitoyable créancier m'a réduit en servitude avec mes deux enfants », etc., VI, 29 : « Servilius fit publier par un huissier qu'il était défendu à toutes personnes de saisir, vendre, ou retenir en gage les biens des Romains qui suivraient ses étendards contre les Volsques, d'enlever leurs enfants, ou aucun de leur famille pour quelque contrat que ce fût. » — Tite-Live, II. 24.

L'édifice juridique du droit plébéien n'aurait pas été complet, si la *mancipatio* n'avait pas trouvé son application dans la matière si importante des testaments. Nous savons qu'à l'origine, les plébéiens ne pouvaient tester que devant l'ennemi, sous la forme *in procinctu*. En temps de paix leur exclusion des *comitia curiata* les rendaient incapables de tester sous la forme sacrale du testament *calatis comitiis*. Il fallait pourtant trouver un moyen de faire le testament en toute tranquillité, loin du bruit des armes et de la mêlée des troupes. Les plébéiens y avaient à peu près les mêmes raisons que les patriciens ; ils ne pouvaient pas non plus quitter ce monde sans régler en détail l'avenir de leur maison. Si, à la vérité, le motif fondamental de la conservation des *sacra* n'existait pas pour eux au début, il faut y voir, au contraire, une raison de plus qui rendait le testament doublement précieux aux plébéiens. En effet, malgré la longue lutte des classes, les soulèvements et les réformes partielles, les plébéiens n'auraient jamais pu arriver à triompher en droit, si, en fait, ils n'avaient cherché à s'élever au niveau social et moral des patriciens, s'ils n'avaient réussi à s'identifier autant que possible avec eux dans leurs mœurs et leurs usages. Or la seule chose qui, à Rome, élevait un homme à la dignité de patricien, la seule circonstance qui, au point de vue social, habilitait un citoyen à compter parmi la meilleure compagnie romaine, c'était la possession de *sacra* domestiques. Le plèbe l'avait compris, et un grand nombre de maisons plébéiennes avaient commencé à se constituer des cultes particuliers et à garder le souvenir de leurs ancêtres, de manière à ressembler autant que possible aux maisons patriciennes. Or, le moyen qui devait réaliser et consolider cette œuvre, c'était le testament. Cet acte seul permettait au père d'imposer à ses enfants la loi qui devait assurer la continuité du culte, ou

de partager la succession de manière à ce que l'éclat et l'influence de la maison ne fussent pas diminués.

En appliquant la forme mancipatoire à l'acte de dernière volonté, ils trouvaient, en outre, l'avantage de pouvoir tester en tout temps et en toute liberté. Le nouveau testament appartenait essentiellement au droit privé; l'autorité publique n'y intervenait en aucune façon, et le testateur se trouvait ainsi en mesure de prendre telle ou telle disposition, qu'une solennité publique eût empêché de se manifester.

En quoi consistait le testament *per æs et libram?* Gaius nous en donne une description assez détaillée: « Accessit « deinde tertium genus testamenti, quod per æs et libram « agitur; qui, neque calatis comitiis, neque in procinctu « testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, « amico familiam suam, id est patrimonium suum, man- « cipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem « suam dare vellet : quod testamentum dicitur per æs et « libram, scilicet quia per mancipationem peragitur. Sane « nunc aliter ordinatur quam olim solebat; namque olim « familiæ emptor, id est, qui a testatore familiam acci- « piebat mancipio, heredis locum obtinebat, et ob id ei « mandabat testator quid cuique post mortem suam dari « vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur a « quo etiam legata relinquuntur, alius, dicis gratia, prop- « ter veteris juris imitationem, familiæ emptor adhibetur. « Eaque res ita agitur : qui facit testamentum, adhibitis, « sicut in ceteris mancipationibus, quinque testibus civi- « bus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas « scripserit, mancipat alicui, dicis gratia, familiam suam; « in qua re his verbis familiæ emptor utitur : *Familiam* « *pecuniamque tuam endo mandatelam custodelamque* « *meam esse aio, quo tu jure testamentum facere possis*

« *secundum legem publicam hoc ære, et ut quid.m adji-* « *ciunt, æneaque libr. esto mihi empta ;* deinde ære per- « cutit libram, idque æs dat testatori velut pretii loco; « deinde testator tabulas testamenti tenens, ita dicit : *Hæc* « *ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego,* « *ita testor; itaque vos Quirites testimonium mihi perhi-* « *betote;* et hoc dicitur nuncupatio : nuncupare est enim « palam nominare et sane quæ testator specialiter in tabu- « lis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone « nominare atque confirmare (1). »

Ce texte nous donne la description du testament *per æs et libram*, tel qu'il fonctionnait sous l'Empire. Les volontés du disposant sont consignées dans un écrit, des *tabulæ* ou *ceræ*, et restent par conséquent secrètes. L'institution d'héritier est contenue dans l'écrit. La *mancipatio* n'est plus qu'une formalité extérieure, maintenue en souvenir du vieux temps. « Autrefois, dit Gaius, le patrimoine était réellement mancipé au familiæ emptor, lequel prenait la place de l'héritier. » C'est cette forme ancienne du testament mancipatoire, qui nous intéresse et que nous allons étudier particulièrement.

La *familiæ mancipatio* était une opération fictive, au même titre que la *coemptio* et que la vente du fils précédant l'adoption; c'était une de ces applications *dicis gratia* de l'acte *per æs et libram*, qui constituaient ce que nous avons appelé le droit plébéien. Mais cette dernière application présente un caractère assez singulier. La formule ordinaire de la *mancipatio* contient une revendication de propriété quiritaire, une déclaration de *meum esse*, qui établit un droit actuel, non éventuel et inconditionnel. Or, le testament est par essence un acte pour cause de mort,

1. Gaius, II, 102, 104. Edit. Krueger et Studemund.

réalisable au décès du testateur, et subordonné à la condition de la survivance de l'héritier. Faut-il penser que le testateur se dessaisissait *hinc et nunc* de ses biens, et les transmettait immédiatement au *familiæ emptor?* C'est inadmissible.

Cette difficulté pourrait être facilement écartée. On peut supposer que les parties s'entendaient, par un pacte adjoint, d'ajourner la réalisation du droit transmis, jusqu'à l'époque du décès du testateur. Du reste, la *mancip tio*, toute rigoureuse qu'elle était dans la forme, n'excluait pas les conditions sous-entendues. Ce point n'est donc pas pour nous embarrasser. Il en est autrement d'une seconde difficulté que voici : la *mancipatio* ne s'appliquait qu'aux choses corporelles, que l'on pouvait toucher. La mainmise sur la chose était une condition essentielle de la *rei vindicatio* qui faisait partie du *gestum per æs et libram* (1). D'autre part les *res mancipi* seules étaient sujettes à la *mancip tio* (2). Or la *famili* , étant une universalité de biens, constitue évidemment une chose incorporelle, et elle n'a jamais été comptée parmi les *res m ncipi*. Comment comprendre alors la *familiæ emancipatio?*

Nous ne pouvons pas étudier ici la question, fort obscure et très controversée, de la division des choses en *res mancipi* et *res nec mancipi*, ni les rapports de la *mancipatio* avec cette division. Qu'il nous suffise de dire que la règle que nous venons de rappeler, touchant l'application exclusive de la *mancipatio* aux *res mancipi*, est loin d'être admise par tout le monde. C'est Puchta qui a essayé d'éta-

1. Ulp., XIX, 6: Res mobiles non nisi pæsenti mancipari possunt, et non plures quam quot manu capi possunt.

2. *Ibid.*, XIX, 3: Mancipatio propria species alienationis rerum mancipi.

blir cette règle d'une manière aussi exclusive (1). Mais plusieurs auteurs contemporains, et notamment M. Voigt, la comprennent dans ce sens, que la mancipatio *doit* être appliquée aux *res mancipi*, mais qu'elle *peut* être appliquée aussi aux autres biens (2). M. Voigt cite, comme *res nec mancipi*, qui ont été soumises à la *mancipatio* :

1. Les *cives romani*, c'est-à-dire les fils de famille (3);
2. La *familia pecuniaque,* qui fait l'objet de notre étude;
3. L'*hereditas* dans la restitution d'un fidéicommis d'hérédité (4);
4. Les *ollæ cinerariæ* (5);
5. Les *columbaria* ou *ollaria* (5);
6. De l'argent comptant dans la *dotis datio*;
7. Des bijoux (6).

Nous pourrions donc ne pas nous préoccuper du caractère de chose *mancipi* ou non de la *familia.* Du reste, les développements qui vont suivre, nous fourniront une explication directe qui pourra satisfaire tous les esprits. Mais la grande difficulté reste celle-ci : Comment la *mancipatio* pouvait-elle s'appliquer à un droit incorporel, et particulièrement à une universalité de biens ?

Parmi les *res mancipi* énumérées par les textes, à savoir « fundus, homo, jura prædiorum rusticorum, animalia « quæ collo dorsove domantur » (7), nous ne rencontrons qu'un seul bien incorporel, les servitudes prédiales rustiques, lesquelles peuvent être constituées par voie de man-

1. Puchta, *Cursus der Inst.*, II, p. 645, et suiv.
2. Voigt, Die XII Tafeln. II, p. 130, note 7.
3. Gaius, I, 117 et suiv.
4. *Idem,* II, 252. Théoph. Paraphr. II, 23, 3.
5. Inscriptions chez Fabretti, *Corpus inscr. Italic.*, p. 58, n° 307, Orelli *Inscr.*, n° 4358.
6. Pline, *Hist. Nat.*, IX, 35, 117.
7. Gaius, II, 14, 17.

cipation (1). Cette dérogation à la règle n'est pourtant qu'apparente. Au fond, dans la mancipation d'une servitude rurale, le *mancipio accipiens* revendique son fonds tel qu'il se comporte, avec ses qualités et dépendances. et partant avec ses servitudes actives. Si la servitude n'existe pas encore, celui qui va l'acquérir feint son existence, et il la revendique comme une qualité du fonds dont il se déclare propriétaire.

Que faut-il penser maintenant de la mancipation d'un bien incorporel comme la *familia?* Avant d'essayer de répondre à cette question, il faut chercher à nous rendre un compte exact de l'objet de cette mancipation. Nous avons vu dans un chapitre précédent que le mot *familia* désignait à la fois la réunion des *sui*, celle des agnats, la domesticité, ou le patrimoine. C'est sous cette dernière acception que nous allons l'envisager maintenant, en nous tenant à la définition de Gaius : « familia id est patrimonium (2). »

A ce point de vue on trouve aussi très souvent la formule : « familia pecuniaque » (3). M. Kuntze pense que la *familia* désignait l'ensemble des *res mancipi*, lesquelles, ayant une plus grande valeur, comptaient seules dans la fixation du cens ; la *pecunia*, ne comprenant que les *res nec mancipi*, aurait échappé au recensement (4). Outre que cette assertion ne s'appuie sur aucun texte, elle est formellement contredite par un passage de Cicéron, qui établit le rôle des censeurs de la manière suivante : « Censores populi ævitates, soboles, familias pecuniasque censent » etc. (5). La *lex Julia municipalis* (a. 708 a. u. c.) porte aussi :

1. Gaius, II, 29.
2. *Idem*, II, 102.
3. Cic., *Rhetor. ad Her.*, I. 23 ; *De leg.*, III, 3 ; Pétrone, *Satyricon*, 141 Suétone, *Néron*, 4.
4. *Kuntze. Excurse*, p. 68 et suiv., 88 et suiv.
5. Cic., *De leg.*, III, 3.

« rationem pecuniæ ex formula census accipito... » (1). On trouve très souvent dans les derniers temps de la république et après, l'expression *pecunia* seule pour désigner le patrimoine tout entier (2). A l'époque classique *pecunia* est entièrement identique avec *familia.* « Sed et si quis, dit Ulpien, « bona » rogatus sit vel « familiam » vel « pecuniam » rogatur vel « universam rem meam ».... et Paul ajoute encore : « vel omnia sua » (3). M. Pernice déduit de cette assimilation que la *familia* n'aurait pas constitué une véritable universalité de biens ; elle aurait compris tous les biens corporels à l'exception des créances et des dettes, lesquelles auraient été *extra patrimonium* (4). En effet, d'après Ulpien, « pecuniæ verbum non solum numeratam « pecuniam complectitur, verum omnem omnino pecuniam, « *hoc est omnia corpora* (5). — Rei appellatio, dit Paul, latior « est quam pecuniæ, quia etiam ea quæ extra computatio- « nem patrimonii nostri sunt continet, quam pecuniæ signi- « ficatio ad ea referatur quæ in patrimonio sunt » (6). Ce seraient les jurisconsultes très postérieurs qui auraient reconnu à la *pecunia* le caractère d'une véritable universalité de droits : « Pecuniæ nomine non solum numerata pecunia, *sed omnes res,* tam soli quam mobiles, et *tam corpora quam jura* continentur » (7). Pomponius éprouverait

1. *Corpus, Inscr. Lat.*, n° 206.
2. Festus, v° Res familiaris quam pecuniam nunc dicimus. — Porphyre in Horat., *Ep.* I, 15, 46 : Pecunia res familiaris. — *Edit du dictateur M. Junius Pera* (a. 538) chez Tite-Live, XXIII, 14 : Pecunia judicati. — *Decret. colleg. trib. pl.* (a. 543) chez Tite-Live, XXVI, 3 : Vel capitis Vel pecuniæ judicari. —Sénat.-cons. de *Bacch.* (a. 568) Corp. inscr. Lat., n° 96 : PECVNIA COMOINIS.— *Lex Julia peculatus* (à 664) dans L. 1, Dig., XLVIII, 13 : Pecunia sacra, religiosa, publicave. — *Lex Julia repet.* (a. 695) L. 7, *pr.* Dig., XLVIII, 11 : Judicium capitis pecuniæve.
3. L. 5, § 8, et L. 16, Dig., XXXVI, 1.
4. Pernice, *Labeo,* I, p. 324 et suiv.
5. L. 178, *pr.* Dig., L. 16.
6. L. 5, *pr.* Dig., *eod. tit.*
7. L. 222 ; Dig., *eod. tit.*

encore le besoin de combattre l'ancienne opinion : « Heres in omne jus mortui, non *tantum singularum rerum* dominium succedit, quam et ea quæ in hominibus sint ad heredem transeunt (1). » Labéon avait professé dès le début de l'empire qu'une hérédité pouvait porter exclusivement sur des choses incorporelles (2) ; mais en cela, comme en d'autres choses, le génie de ce jurisconsulte aurait devancé son siècle.

Si néanmoins l'héritier succédait aux créances et aux dettes du défunt, M. Pernice pense que ce serait en vertu d'une disposition expresse de la loi des XII Tables. Il donne pour preuve les textes suivants qui se rapportent aux dettes : « Quippe cum evidentissime lex XII Tab. heredes huic rei « (actioni creditorum) faciat obnoxios (3) — pactum suc- « cessorum debitoris ex lege XII Tab. æs alienum heredi- « tarium pro portionibus quæsitis singulis ipso jure divi- « sum in solidum unum obligare creditori non potest (4). » Quant aux créances, il cite les textes suivants : « Ea quæ in « nominibus sunt, non recipiunt divisionem, cum ipso « jure in portiones hereditarias e lege XII Tab. divisa « sunt. (5) — In hoc judicium (fam. erciscundæ) nomina non « veniunt (6). — Ceteræ itaque res præter nomina ve- « niunt in hoc judicium (7). » Il est visible que M. Pernice se méprend sur la portée des derniers textes, qui réfèrent à la division des créances et non à leur transmission. Ils veulent dire que les créances ne sont pas comprises dans l'opération du partage, parce que la loi des XII Tables les divise

1. L. 37 ; Dig., XXIX, 2.
2. L. 3, § 1 ; Dig., XXXVII, 1.
3. L. 7, c. IV, 16.
4. L 26, c. II, 3.
5. L. 6, c. III, 36.
6. Ulp., L. 2, § 5 ; Dig., X, 2.
7. Ulp., L. 4, *pr.* ; Dig., *eod. tit.*

de plein droit entre les cohéritiers. Mais cela ne veut pas dire que les créances ne faisaient pas partie du patrimoine et ne se transmettaient pas avec lui.

Nous avons, à côté de l'*hereditas*, transmission universelle pour cause de mort, d'autres transmissions universelles entre vifs. Lorsque la femme est mancipée dans la *coemptio*, lorsque le père de famille adrogé passe sous le pouvoir de l'adrogeant, lorsque le débiteur insolvable est adjugé (*addictus*) au créancier, le patrimoine de chacune de ces personnes passe avec elle sous la puissance du nouveau maître (1).

Dans tous ces cas les créances font partie du patrimoine transmis. « Sunt autem, dit Gaius, etiam alterius generis « successionis quæ neque lege XII Tabularum neque prætoris edicto sed eo jure quod consensu receptum est, « introductæ sunt : et enim cum pater familias se in adoptionem dedit, mulierve in manum convenit, *omnes ejus res incorporales et corporales* quæque ei debitæ sunt patris « adoptivo coemptionatorive adquiruntur exceptis his quæ « per capitis diminutionem pereunt, etc. (2). » Ce texte s'applique aussi au débiteur addictus, puisque le préteur « addicit totam familiam creditori » (3).

Il n'en est pas de même des dettes, lesquelles ne font pas

1. Pour la femme in manu : Te et tua quæ tu habes commendes viro (Plaute, *Merc.*, IV, 3,3.) Hoc viri censeo esse omne quidquid tuum est (*Idem*, Cas., II, 2, 29). — Pour l'adrogé : Si pater familias adoptatus sit., omnia quæ ejus fuerunt et adquiri possunt tacito jure ad eum transeunt qui adoptavit, hoc amplius liberi ejus qui a potestate sunt eum sequuntur. (Ulp ,L. 15,*pr.*; Dig., I. 7).—Pour l'addictus : L'édit du consul P. Servilius (a. 259), prescrit à l'occasion de la guerre contre les Volsques que les créanciers ne s'emparent pas de la famillia de leurs débiteurs (Denys, VI, 29). Lenonem tibi cum tota fumilia dabo hodie dono (Plaute, *Pœn.*, I, 1, 40). Ubi in jus venerit, addicet prætor familiam totam tibi (*Ibid.*, v. 57).

2. Gaius, III. 82, Conf. Inst., III, X *pr.* et § I; Théophile, paraphr.; Ulp., L. 4, § 1, Dig., XLVII, 2; Paul., L. 47, *eod tit.* ; L. 22, §,3., Dig., V, 2.

3. Plaute, *Pœn.*, I, 1, 57.

partie du patrimoine; elles constituent un *æs alienum* distinct de la *pecunia* du débiteur.

La suite du passage de Gaius, que nous venons de citer, le montre très clairement pour l'adrogé et la femme in manu : « Ex diverso quod is debuit qui se in adoptionem « dedit quæ in manum convenit non transit ad coemptionatorem aut ad patrem adoptivum, *nisi si hereditarium æs* « *alienum fuerit*, tunc enim quia ipse pater adoptivus aut « coemptionator heres fit, directo tenetur jure; is vero qui « se adoptandum dedit quæve in manum convenit desinit « esse heres. De eo vero quod proprio nomine eæ personæ « debuerint, licet neque pater adoptivus teneatur, neque « coemptionator, et ne ipse quidem qui se in adoptionem « dedit quæve in manum convenit, maneat obligatus obligatave quia scilicet per capitis deminutionem liberetur (1). » Ce texte nous montre très bien, qu'en règle générale, toutes les fois qu'un patrimoine est transmis à titre universel à une autre personne, les dettes ne se transmettent pas, parce qu'elles s'éteignent à la suite de la *capitis deminutio* subie par le débiteur. Cette règle comporte une seule exception relative à l'héritier, lequel succède aux dettes du cujus (2). Pour nous, cette dérogation tient à la nature particulière de l'*hereditas*, telle que nous l'avons établie au chapitre III. Nous avons montré, en effet, que la succession puisait son caractère et sa raison d'être moins dans la transmission du patrimoine que dans la continuation de la personne du decujus par l'héritier. Nous avons vu, en particulier, que l'héritier succédait aux dettes du decujus de la même manière qu'il continuait *ses vœux*. Dans ce système, l'exception faite pour l'hérédité s'explique

1. Gaius, III, 84.

2. *Ibid.*; aussi Ulp, L. 6, § 6, Dig., III, 2 : Quia heres neque in tutelam neque in societatem succedit, sed tantum in æs alienum defuncti.

par elle-même. La plupart des auteurs, au contraire, maintenant que les dettes s'éteignent par la mort du débiteur, attribuent cette exception à une disposition expresse des XII Tables, qui aurait chargé les héritiers du passif de la succession (1).

De l'exposé qui précède il résulte, qu'indépendamment de la pecunia et des différentes significations que cette expression a pu revêtir, la familia envisagée en elle-même a toujours été considérée comme une universalité de droit, comprenant des biens corporels et incorporels, et les créances, mais non pas les dettes. Ce n'est pas à dire que les Romains aient conçu dès le début une notion aussi complexe que celle de la véritable universalité juridique. C'est vers la fin de l'époque classique que de pareilles notions sont élaborées et prennent une forme définitive. Pour les anciens Romains l'universalité du patrimoine ou de l'hérédité était une notion de fait plus que de droit. Avec leur manière de voir éminemment synthétique, ils n'aperçoivent dans le domaine privé, que la domus étroitement unie, et la manus du père de famille, qui la domine entièrement. Ces deux notions à leur tour se couvrent presque entièrement et s'identifient à beaucoup d'égards. Il arrive ainsi que la domus, et plus tard la familia, participent dans une certaine mesure de la personnalité du père de famille. Elles constituent une dépendance de sa personne, et d'une manière plus générale, un reflet de la personnalité humaine dans le monde des biens. C'est ainsi que nous avons vu l'adrogé, ou la femme mariée, ou l'addictus passant sous la puissance d'un maître, entraîner avec eux leur patrimoine et leurs enfants ; tant il est vrai

1. Pernice, *Labeo*, I, p. 326 ; Voigt, *Die XII Tafeln*, II, p. 366 ; *contra* *Hölder Zeitschr f. Rechtsg.* I, p. 83.

que le patrimoine et les enfants font partie intégrante de la personnalité du père.

Mais ce caractère unitaire du patrimoine et sa ressemblance avec la personne humaine ressortent avec plus de relief, lorsque, soit par l'incapacité, soit par l'absence du maître, le patrimoine se trouve avoir une existence séparée. Lorsque le maître, tout en restant libre de sa personne, n'est pas en état de gérer ses biens, ce qui arrive dans le cas d'un *furiosus* ou d'une prodigue, d'un impubère *proximus infantiæ* et jusqu'à un certain point d'une femme non mariée, les biens sont confiés à l'administration d'un curateur ou tuteur. Dans ces divers cas, il est visible que le patrimoine de l'incapable constitue une universalité représentant la personne de celui-ci. Ce caractère est encore plus apparent lorsqu'il s'agit du patrimoine d'un absent, notamment d'un citoyen captif chez l'ennemi. Pendant tout l'intervalle de la captivité, effacé plus tard par l'effet du *postliminium*, la familia a eu une existence indépendante, pendant laquelle elle contenait la personne de l'absent.

Il ne faut pas s'étonner dès lors que les vieux Romains aient traité la *familia* à l'instar d'une personne, et lui aient reconnu par voie de conséquence, sinon directement, le caractère de *res mancipi* attribué à la personne humaine. « Serviles et liberæ personæ mancipantur (1) », dit Gaius; d'où il s'ensuit que la familia pouvait faire l'objet d'une mancipation, au même titre que la personne humaine (2).

Après avoir ainsi établi l'objet de la familiæ mancipatio, étudions maintenant le mode particulier de ce transfert.

Nous avons dit précédemment, qu'il était impossible au familiæ emptor de prononcer le « meum esse aio ex jure

1. Gaius, I, 120.
2. Conf. *Huschke Studien*, p. 233, note 59 et Böcking, *Pandecten des röm Privatr.*, 2e édit., p. 162, note 6 et p. 256, note 15.

« Quiritium » sur le patrimoine mancipé, si le testateur ne renonçait pas *hinc et nunc* à son droit de propriété. En effet, deux personnes ne pouvaient pas avoir à la fois le domaine quiritaire sur une même chose. Nous avons ajouté, que si, en droit, le patrimoine était immédiatement transmis à l'emptor, en fait, probablement celui-ci consentait un pacte adjoint, par lequel il s'engageait à n'user de son droit qu'après la mort du disposant. Mais cette explication est-elle bien nécessaire, et s'agit-il réellement, dans notre espèce, d'un transfert de propriété? La formule de la mancipation testamentaire, à l'encontre des autres mancipations, ne contient pas la déclaration : « Ex jure Quiritium « meum esse aio. » L'emptor n'affirme en aucune façon qu'il entend acquérir le domaine quiritaire sur le patrimoine mancipé. Il dit au contraire quelque chose qui n'implique pas le droit de propriété. Suivant les différentes lectures du texte de Gaius, il dit : « Familia pecuniaque « tua endo mandatelam custodelamque meam (1) », ou bien : « Familia pecuniaque tua endo mandatela tutela custode- « laque mea (2). »

Pour plus de sûreté, examinons le texte de Gaius lui-même, tel qu'il résulte du manuscrit original de Vérone. Ce texte serait, d'après l'apographum de Studemund, le suivant :

*Familiampecuniamquetuamendomandatelatu*
*amcustodelaquemeaqtuiiuretestamentum*
*facerepossissecundumlegempublicamhoc*
*ereetutquidamadiciuntæneaqlibra estomi*
*hiempta.*

Lachmann en a fait : « Familia pecuniaque tua endo « mandatelam tutelam custodelamque meam quo tu jure

1. Edit. Krueger et Studemund, Berlin, 1877.
2. Lachmann dans la 3e édition de Göschen.

« testamentum facere possis, secundum legem publicam, « hoc ære et ud quidam adiciunt æneaque libra esto « mihi empta. »

Plusieurs observations peuvent être faites sur ce texte Tout d'abord, on n'y trouve pas les mots *esse aio*, indispensables à toute mancipatio comme à toute déclaration de droits (1). Si ces mots manquent dans le texte, c'est qu'il y a eu très probablement un oubli du copiste. Il a écrit à la hâte *meaq.* pour : *meaeeaioeaqq*, c'est-à-dire : « mea esse « aio eaque quo »., etc.

En second lieu, il paraît singulier que la formule : « hoc « ære æneaque libra », laquelle est généralement reproduite d'un trait sans interruption (2), se trouve coupée ici par la proposition incidente « et ut quidam adiciunt, » dont on ne comprend pas le sens à cette place. Cette partie de la formule est de rigueur dans toute *gestio per æs et libram*, et constitue en quelque sorte une locution de style, ayant un sens complet et indivisible par elle-même. Pourquoi certains auteurs auraient-ils dit seulement « hoc ære, » et d'autres auraient-ils ajouté les mots « æneaque libra, » qui se rapportent d'une manière évidente et forcée à la partie antécédente « hoc ære » ? Il faut croire encore que le copiste s'est trompé sur le placement de cette proposition : « et ut quidam adjiciunt ». On comprendrait bien mieux que cette incidente fût placée avant le mot « custodelaque », qui ne fait que répéter en partie une idée contenue dans les termes précédents, et qui pourrait avoir été ajouté plus tard. Il faudrait donc lire : « endo mandatelam tutelam, et ut « quidam adiciunt, custodelamque meam ».

Mais d'autres corrections peuvent encore être faites. Pourquoi Lachmann lit-il *familia pecuniaque* au nominatif.

1. Conf. Huschke *Studien des röm. Rechts.*, p. 246.
2. Gaius, I, 119.

alors que le manuscrit les donne à l'accusatif, de manière à concorder avec la construction *esse aio*? Pourquoi les mots « mandatelam tutelam custodelamque » à l'accusatif, alors que le texte les contient à l'ablatif? Il faut, sur ces deux points, rétablir la construction du texte. D'autre part, le mot *mandatela* paraît assez suspect. On ne le rencontre chez les auteurs latins qu'une seule fois, paraît-il, dans Priscien (1). Comment comprendre aussi qu'un terme, qui a figuré pendant des siècles dans une formule aussi commune que celle du testament, n'ait jamais été employé par les jurisconsultes? Il est assez probable que ce mot est dû à une mauvaise lecture du texte et à une faute du copiste. Si nous admettons que les syllabes *mendo* aient été répétées deux fois par mégarde par le copiste, de la manière suivante : « Familiam pecuniamque *tuamendomendo* telatu », on peut lire le texte : « Familiam pecuniamque tuam en-« do tutela (et ut quidam adiciunt) custodelaque mea esse « aio eaque, quo tu iure testamentum facere possis, secun-« dum legem publicam, hoc ære æneaque libra esto mihi « empta (2) ».

Ainsi rétablie, la formule paraît très claire, d'un contexte logique, compréhensible dans toutes ses parties et en tout conforme à la formule ordinaire de la mancipation.

On a remarqué que les syllabes : *telatu* deviennent dans notre lecture : *tutela*. C'est là version de Lachmann et de bien des auteurs. Il n'est pas de notre compétence de décider s'il y a lieu de l'adopter définitivement, ou non ; les éléments de la décision nous manquent. Mais il faut reconnaître que si on l'admet, la théorie du testament per æs et libram change entièrement de face. En effet l'idée de tutela

1. Priscien, *Commentarium grammaticorum*, lib. IV, 622.
2. Cette lecture a été proposée par M. Salkowski dans son étude : *Zu Gaius*, II, 104 (*Zeitschr. f. Rechtsgesch.* III, p. 197).

jointe à ce testament l'éclaire d'un jour tout nouveau. Supposons pour un moment, la thèse comme démontrée, et on verra quelles conséquences peuvent en résulter.

Et d'abord étudions le mot *tutela* dans toute sa signification.

Cette expression avait à Rome, non seulement le sens particulier de la protection des impubères ou des femmes, mais un sens général de protection, qui trouvait une foule d'applications dans les matières les plus diverses.

1° Les dieux avaient en leur tutelle les choses qui leur étaient consacrées : « Salios, qui sunt in *tutela* Jovis Martis « Quirini (1). — Evocari deum cujus in *tutela* id oppidum « esset... constatque ideo occultum in cujus dei *tutela* « Roma esset (2). » Un chant des Frères Arvales portait : « Sive deo sive deæ in cujus *tutela* hic lucus locusve (3). » De même lorsqu'on évoquait les dieux tutélaires d'une ville ennemie, on disait : « Si deus si dea est cui populus civitas- « que Carthaginiensis est in *tutela*, teque maxime ille « qui urbis hujus populique *tutelam* recepisti, etc. (4) » La tutelle des dieux était une potestas : « Dii quorum est « potestas nostrorum hostiumque (5) ». La divinité protectrice de la maison s'appelait elle-même *tutela*, c'était un lare placé à l'entrée de l'atrium. On trouve sur les inscriptions : « Deus *tutela* — *tutela* hujus loci — *tutela* « et genius loci — *tutela* domus (6) ». *Tutanus* et *Tutelina* étaient des divinités qu'on invoquait dans le besoin (7).

1. Serv., *ad Æen*, II, 188, 381 : VIII, 663.
2. Val. Flaccus chez Pline, *Hist. nat.*, 28, 2, 18.
3. C. *I. Lat.*, VI, 1, p. 560 ; Fabretti ; p. 79. Cic. *De nat. deor.*, III, 22, 2 ; *De fin.*, III, 20, 66 ; *De prov cons.*, 14, 35 ; Tite-Live, XXIV, 24, 2.
4. Macrobe, *Saturn.*, III, 9. 7 ; aussi III, 9, 2, 3.
5. Tite-Live, VIII, 9, 6.
6. Orelli, 1698, 1699 ; C. J. L., III.444, VI, 178, 179 ; Orelli, 1700, 1736, 1737 1837, 5676.
7. Varron, chez Nonius Marcellus.

2° L'Etat exerçait une tutelle sur les *publici amici*, *hospites* ou *clientes*, sur tous ceux qui vivaient à l'abri du nom romain : « Petere ut eum non sub hospitum modo « privatorum custodia, sed publicæ etiam curæ ac velut « *tutelæ* vellent esse (1). — Si in civitatem sociam ami- « camve aut ad regem socium vel amicum venerit, nomine « publico *tutus esse incipit* (2). — Si aliquis (Judæus) sit « sceleribus implicitus, idcirco tamen judiciorum rigor « jurisque publici *tutela* videtur in medio constituta ne « quisquam sibi ipse permittere valeat ultionem (3). — « Nec in ea re quæ *publicam tutelam* meruit (4). »

3° Le père de famille exerçait une tutelle : (*a*) Sur sa femme. Dans une comédie de Térence, une mère présente sa fille à celui qui doit l'épouser, et lui dit : « Te isti virum « do amicum, *tutorem*, patrem, bona nostra hæc tibi per- « mitto et tuæ mando fidei. » Et le fiancé répond : « Hanc « mihi in manum dat » (5). (*b*) En ce qui concerne son patronage sur l'*hospes* et le client.

4° On appelait aussi *tutela* toute charge quelconque, les soins à donner à un objet déterminé : « Quidam in testa- « mento ita scripsit : Rei publicæ Graviscanorum lego in « *tutelam* viæ reficiendæ quæ est in colonia ad viam Aure- « liam (6). — Pecuniam quæ in opera nova legata est « potius in *tutelam* eorum quæ sunt convertendum quam « inchoandum opus erogandam Divus Pius scripsit (7). Quid- « que in *tutelam* ædificiorum ægrumve servum curan- « dum », etc. (8). Les Romains avaient l'habitude de consa-

1. Tite-Live, LXII, 19.
2. Paul, L. 9, § 3; Dig., XLIX, 15.
3. L. 14, C. I, 9.
4. L. 2, § 1, Dig., XL., 15.
5. Térence, *And.*, I, 5, 60.
6. L, 30, Dig., XXXI.
7. L. 7, *pr.* Dig., L, 10.
8. L. 7. § 16. Dig., XXIV, 3.

crer un petit terrain à l'entretien de leur tombeau; le terrain était affecté *in tutelam cinerum* (1). On trouve aussi des inscriptions de ce genre : HVIC MONVMENTO TVTELAE NOMINE CEDVNT AGRI PVRI IVGERA X (2).

5° On disait aussi « pro tutela agere » toutes les fois qu'un citoyen plaidait dans l'intérêt d'un incapable. Cela était dit : *a*) du tuteur plaidant pour l'*infans* (3) ; (*b*) du *curator furiosi* (4) ; (*c*) ; du *patronus* agissant au nom de l'*hospes*, victime d'un délit (5) où d'un client jusqu'aux XII Tables (6).

Il résulte de cet exposé que, même dans le langage du droit, le mot *tutela* avait un sens général, qui comprenait le défense de tous les incapables. Cette défense constituait un droit pour l'incapable, et un devoir pour les citoyens, qui se trouvaient plusrapprochés de lui. C'était un *officium*, c'est-à-dire un devoir moral relevant de la *fides* et des *boni mores*. Ainsi le pupille est « caput liberum fidei commissum alicujus (7). »

Parmi les différentes tutelles, la plus caractérisée et la plus commune était celle qui portait sur les impubères et sur les femmes. Elle était aussi la plus énergique. Le pouvoir du tuteur sur l'*infans* ou sur la femme est une puissance semblable à celle du père de famille, avec cette différence qu'elle porte sur une personne libre, qui garde son *caput*. « Tutela, dit Servius Sulpicius en ce qui concerne « les impubères, est *vis ac potestas* in capite libero ad tuendum eum qui propter ætatem sua sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa (8). » « Mulieres, dit Cicé-

1. Quintil., Inst., VII, 9, 4.
2. Orelli, n° 4371.
3. L. 30, Dig., V, 2. ; L, 1. ; § 2, L. 2 *pr.* Dig., XXVI, 7.
4. L. 56, § 4, Dig., XLVII 2. 11. — 12. *Ibid.*
5. Cic., *Pro Cæcina*, 20; Plaute, *Mil.* II, 6, 22; *Pœn.*, V, 4; 73. Tite-Live, XLIII, 2.
6. Tite-Liv., III, 14, Denys, II, 10.
7. Aulu-Gelle, V, 19, 10.
8. L. 1, *pr.* Dig., XXVI, 1.

« ron pour ce qui concerne les femmes, omnes propter infir-
« mitatem consilii majorum in *tutorum potestate* esse vo-
« luerunt (1). » L'analogie entre les deux puissances est si grande, qu'elles portent le même nom de *manus*. « Majores « nostri, dit Tite-Live, feminas voluerunt in *manu* esse « parentum, *fratrum*, vivorum (2). » La *manus* de frères sur leurs sœurs est évidemment une tutelle. On trouve aussi dans Plaute la forme archaïque et très intéressante de *manstutor* ou *manustutor* (3), ce qui permet de conjecturer que la tutelle a eu, à l'origine, une portée plus grande, et une étendue plus considérable qu'à l'époque classique.

Scheurl dit très ingénieusement que la tutelle est par rapport à la *patria potestas*, ce que les droits réels sont par rapport à la propriété (4). La tutelle apparaît, en effet, comme une espèce de démembrement de la puissance paternelle, comprenant les attributions tutélaires du père de famille, à l'exclusion du pouvoir de commandement et du *jus vitæ necisque*, que la loi seule lui accorde. Mais dans les limites de ce pouvoir de protection, le droit du tuteur porte autant sur la personne de l'incapable que sur ses biens. On peut même affirmer qu'il a principalement en vue la conservation du patrimoine et la défense des intérêts que le pupille ou la femme sont incapables de gérer par eux-mêmes. Le droit que la loi reconnaît au tuteur sur la personne de l'incapable n'est que la forme juridique qui lui permet d'être saisi de l'administration des biens de l'incapable. La tutelle paraît être plutôt un droit sur le patrimoine (5). De

1. Cic., *Pro Murena*, 27.
2. Tite-Live, XXXIV, 2, 11.
3. Plaute, *Truc.*, IV, 4, 6 : Video eccum qui manstutorem med optavit bonis. Ce vers était lu généralement : Video eccum qui amens tutorem me adoptavit bonis. Mais le texte a été définitivement rétabli par Fleckeisen (*N. Iahrb. f. Phil.*. 1870 (t. CI, 544).
4. Scheurl, *Beitrage zur Bearbeitung des röm. Rechts*, II, 2.
5. Puchta, Inst., III, p. 195.

même qu'à l'origine on ne pouvait comprendre le gage, le commodat et le dépôt sans un transfert de propriété, mais que plus tard ces contrats pouvaient s'établir sans un transfert de ce genre, de même la tutelle n'était possible à l'origine que moyennant la *potestas* sur la personne de l'incapable ; mais plus tard on l'admit comme un droit d'administration n'impliquant pas de droit sur la personne du pupille ou de la femme (1). Les textes font très bien ressortir le côté réel de la tutelle : ils considèrent le tuteur comme étant quasi propriétaire : « Nam tutor in re « pupilli tunc *domino loco* habetur quum tutela adminis- « trat (2). — Quia tutor *domini loco* habetur (3). — Vel domi- « nis vel his (tutores) qui *vice dominorum* sunt (4). — Tutor « qui tutelam gerat quantum ad providentiam tutelarum « *domini loco* habere debet (5). » En un mot, la tutelle portait véritablement sur la *res*, elle était *tutela rei*. La loi des XII Tables ne connaît que cette expression. Qu'on ne nous oppose pas le texte de Marcien : « Quia tutor personæ non rei vel causæ datur (6). » Ce fragment est expliqué par ceux qui le précèdent. Le contexte complet est le suivant : « *Ceterarum rerum vel causarum* testamento tutor dari « non potest nec deductis rebus — et si datus fuerit tota datio « nihil valebit — quia personæ non rei vel causæ de- « tur (7). » Ce que ces textes veulent dire c'est qu'un tuteur ne peut pas être nommé pour une seule affaire concernant l'incapable ; il faut qu'on le prépose à l'ensemble du patrimoine. Cette explication est tellement juste, que le fragment de Digeste qui suit les précédents, admet parfaitement

1. Puchta, Inst. III, p. 195.
2. L. 7, § 3, Dig., XLI, 7.
3. L. 56, 54, Dig., XLVII, 2.
4. L. II, § 7, Dig., XLIII, 24.
5. L. 27, Dig., XXVI, 7.
6. L. 14, Dig., XXVI, 2.
7. LL. 12, 13, 14, *eod. tit.*

un tuteur préposé à une partie de la fortune, un tuteur à titre universel : « Si tamen, dit ce texte, tutor detur rei Africanæ vel Syriacæ utilis datio sit, hoc enim jure utimur (1). » On trouve là un souvenir de la *tutela rei* des premiers temps.

Même à l'époque classique où la *tutela rei* est devenue une *tutela personæ*, elle garde néanmoins le caractère d'un droit réel. Elle peut être revendiquée (2) probablement sous cette forme : « Hunc ego hominem jure Quiritium in « mea tutela esse aio. » Elle peut aussi être cédée *in jure* : Ulpien l'affirme de la tutelle des femmes (3), mais nul doute qu'à l'origine cela n'ait été vrai aussi de la tutelle des impubères.

Nous avons dit que la tutelle ressemblait à la *manus*, dont elle était une émanation. Mais elle ressemblait encore davantage à un autre droit, aussi universel et aussi réel que la tutelle, et qui présente bien des points communs avec elle : nous voulons parler de l'*hereditas*. Le droit de l'héritier et celui du tuteur se touchent par bien des côtés. Non seulement tous les deux présentent le même caractère d'universalité et de réalité, non seulement tous les deux peuvent être revendiqués et cédés devant le magistrat, mais ils ont la même double nature. De même qu'il y a une hérédité légitime et une hérédité testamentaire, il y a une tutelle des agnats et une tutelle testamentaire. avec la même particularité que la vocation testamentaire prime l'autre. Chose particulière encore, lorsque le père de famille meurt sans avoir pris soin de la tutelle de ses enfants, bien qu'ayant fait testament, on dit qu'il est mort *ab intestat*, quant à la tutelle. « Intestatus videtur, dit Paul, « non tantum is qui testamentum non fecit, sed et is qui

1. Ulpien, L. 15, Dig., XXVI, 2.
2. Théoph., *Par.*, IV, 10 *pr.* Keller, Röm. *Civil process.*, p. 282.
3. Ulpien, *Fragm.*, XIX, 11.

« testamento liberis suis tutores non dedit ; quantum enim « ad tutelam pertinet, intestatus est (1). » Cette similitude constante indique une connexité intime, et peut-être une identité originaire. Les textes confirment pleinement cette conjecture. Le droit à la tutelle des incapables était un corollaire du droit à la succession de leurs biens. Gaius dit que la dévolution de la tutelle des agnats a été réglée, comme celle de l'hérédité légitime, par la loi des XII Tables (2). Cicéron donne même le texte de cette loi : « Si « furiosus escit, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque « ejus potestas esto (2). » La loi des XII Tables ayant omis de régler la tutelle des affranchis impubères ou femmes, les jurisconsultes l'ont néanmoins déduite de cette loi, par cela seul qu'elle avait réglé la succession des affranchis. « Ex eadem lege XII Tabularum, dit Gaius, libertarum et « impuberum libertorum tutela ad patronos liberosque « eorum pertinet ; quæ et ipsa tutela legitima vocatur, non « quia nominatim in ea lege de hac tutela caveatur, sed quia « proinde accepta est per interpretationem, atque si verbis « legis introducta esset : eo enim ipso quod hereditates « libertorum libertarumque, si intestati decessissent, jus- « serat lex ad patronos liberosve eorum pertinere ; *credi- « derunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos per « itnere, quia et agnatos quos ad hereditatem vocavit « eosdem et tutores esse jusserat* (3). » Ces idées sont très bien résumées dans cet adage du vieux jurisconsulte Mucius Scævola : « *Quo tutela redit, eo et hereditas « pervenit*, nisi quum feminæ heredes intercedunt (4). »

La coïncidence entre la tutelle et le droit de succession est si grande, qu'elle se retrouve dans les moindres détails.

1. Gaius, I, 155.
2. Cicéron, *Rhet. ad Herenn.*, I, 13; *De Inv.*, II. 50.
3. Gaius, I. 165.
4. L. 13, *pr.* Dig. L. 17.

Nous avons dit qu'à l'exemple de l'*hereditas*, la tutelle pouvait être cédée *in jure*. Mais, de même que cette faculté n'était accordée qu'aux héritiers ab intestat, de même les tuteurs légitimes seuls pouvaient se débarrasser du fardeau de la tutelle en la cédant à un tiers. Le tuteur, comme l'héritier testamentaire, ont été choisis *intuitu personæ;* ils ne peuvent pas s'en substituer une autre; les tuteurs et les héritiers ab intestat n'ont qu'un devoir, celui de pourvoir à la tutelle ou à la succession vacante, même en se substituant une tierce personne.

La similitude entre la tutelle et l'hérédité testamentaire se montre aussi dans leurs origines. L'hérédité testamentaire est généralement déduite du texte des XII Tables : « Uti pater legassit super pecunia tutelave rei suæ, ita jus « esto (1). » Le même texte sert de base à la tutelle testamentaire : « Testamento quoque nominatim tutores dati « confirmantur eadem lege XII Tabularum. Uti pater « legassit super pecunia tutelave rei suæ, ita jus esto (2). » Les deux institutions semblent n'en faire qu'une. La succession testamentaire et la *tutela rei* paraissent un seul et même fait. Le *tutor rei* obtient la *pecunia*; ou plutôt, comme disent les textes, la *tutela rei* et la *pecunia* sont identiques : « Sæpe ita comparatum est, dit Paul, ut « conjuncta pro disjunctis accipiantur et disjuncta pro « conjunctis; nam, cum dicitur apud veteres *agnatorum* « *gentiliumque* pro separatione accipitur; at cum dicitur « *super pecuniæ tutelæve suæ* tutor separatim sine pecunia « dari non potest (3). »

Cet exposé nous permettrait de conclure que le *tutor* qui obtient la *pecunia*, ne serait autre que le *familiæ emptor* du

1. Pomponius, L., 120; Dig., L. 16.
2. Ulpien, *Fragm.*, XI,14.
3. L. 53 *pr.* Dig., L. 16.

testament *per æs et libram*. Cette solution n'est pas seulement conforme aux textes, mais elle fait encore très bien comprendre la pratique. En effet, Gaius nous dit : « Qui « neque calatis comitiis, neque in procinctu, testamentum « fecerat, is, si subita morte urguebatur, amico familiam « suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat (1). » Celui qui, pressé par une mort imminente, ne pouvait tester ni devant les comices, ni devant l'armée, prenait le parti de transférer son patrimoine à un ami. C'était là une manière de procéder qui s'imposait au mourant. Il est très probable que, lorsqu'un citoyen se trouvait éloigné de sa maison pour un temps plus long, ses parents ou ses amis prenaient soin de la maison et en devenaient les tuteurs. La pensée devait venir naturellement au père de famille de prendre un arrangement analogue en prévision de sa mort. Au lieu d'abandonner au hasard le choix de la personne qui devait assumer la tutelle de la *familia*, il la désignait lui-même par un acte qui conférait au mandataire tous les pouvoirs qui lui étaient nécessaires. La *mancipatio* se prêtait à merveille à une pareille disposition. De bonne heure, paraît-il, les Romains avaient pris l'habitude de se servir du transfert mancipatoire pour conférer un mandat judiciaire à un tiers. La procédure des *legis actiones* n'admettaient pas la représentation en justice; lorsque pourtant il était nécessaire de conférer un mandat *ad litem*, on prenait le parti de transférer le patrimoine à un ami, lequel était alors habilité à plaider en son propre nom, dans l'intérêt du véritable propriétaire ; on appelait cette opération : « in tutelam dare (2). » A cette époque le tuteur d'un impubère ou d'une femme, plaidait *suo nomine* (3) ; la potestas qu'il

1. Gaius, II, 102.
2. Puchta, Institut., II p. 46, note *g*. et III, p. 196.
3. L. 56, § 4, Dig., XLVII, 2.

exerçait sur ces incapables, et le droit éventuel qu'il avait à leur succession, lui permettait de se gérer en maître. Ce n'est qu'à l'époque de la procédure formulaire, que le tuteur commence à agir au nom du pupille ou de la femme soumise à son pouvoir (1).

Le *familiæ emptor* recevait donc la *familia* en sa tutelle ; il en exerçait les actions, poursuivait les débiteurs, répondait à l'action des créanciers, et veillait en tout à la conservation de la maison. Il exécutait les volontés du défunt, en acquittant les legs et autres charges de la succession. Si quelque chose restait de l'actif, le *familiæ emptor* le gardait pour son compte; peut-être fallait-il pour en acquérir la propriété, accomplir le délai de l'usucapion.

Nous nous sommes placé jusqu'ici dans l'hypothèse d'un disposant mort sans enfants. Mais rien n'empêche d'admettre un testament *per æs et libram* en présence d'enfants impubères. Le *familiæ emptor* n'acquérait pas la *familia* ; il la prenait sous sa tutelle. Les enfants faisant partie de la *familia*, comme les biens, on peut comprendre que ce pouvoir de tutelle s'étendît aussi sur eux. Il y avait à cela de grands avantages. On évitait d'abord la tutelle des agnats ; ensuite l'ami investi de la confiance du défunt, pouvait, à l'époque où les enfants seraient arrivés à la puberté, faire entre eux un partage des biens, tel que l'eût fait le père de famille lui-même, s'il avait pu instituer ses enfants héritiers. Si les enfants décédaient avant leur puberté, le *familiæ emptor* recueillait le patrimoine pour son compte, conformément au principe de l'ancien droit : « Quo tutela « redit eo et hereditas pervenit (2). » Il faut cependant ajouter que le droit de l'*emptor* n'était pas précisément

1. Karlowa, *Der römische Civilproces*, p. 355 ; Bekker, *Die Aktionendes röm. Privatrechts*, II. p. 114, note 21. Ihering. *Geist des rom Rechts*, II, p. 106, note 111.

2. L. 73, Dig., L. 17.

celui d'un héritier; il ne succédait pas à ses pupilles. Il tenait ses droits plutôt du père défunt, moyennant la mancipatio qui lui avait été faite, et quant à ces droits, nous avons vu plus haut quelle était leur nature. En résumé, et en tenant compte de certaines différences fondamentales, il y avait là quelque chose qui ressemblait à la substitution pupillaire.

Tel devait être dans ses lignes générales le caractère du *familiæ emptor* si nous maintenons le mot *tutela* dans la formule du testament maneipatoire. Ce système offre de grands avantages : il jette un jour particulier sur la nature du testament *per æs et libram* et les attributions du *familiæ emptor* ; il sert à éclaircir le texte des XII Tables « Uti pater legassit super pecunia tutelave rei suæ ita jus « esto. » En troisième lieu, il démontre l'existence à Rome d'une pratique que nous avons connue dans le droit grec ; le *familiæ emptor* paraît correspondre entièrement au *kyrios* ou *èpitropos* des testaments athéniens de la dernière époque. Pour ces diverses raisons, la théorie que nous venons d'exposer s'imposerait d'elle-même, si la version du texte de Gaius, sur laquelle elle s'appuie, était bien établie. Mais ce point étant douteux, nous ne pouvons plus la présenter qu'à titre d'hypothèse.

En effaçant le mot *tutela* dans le texte de Gaius, nous sommes forcé de reprendre la version de Studemund, qui conserve le mot *mandatela* nécessité par la suite *custodelaque*. Par ce changement, le texte perd beaucoup en clarté et en précision, mais il ne gagne rien en échange. En effet, le mot *mandatela* est inusité dans les textes juridiques; on le trouve une seule fois dans l'ouvrage d'un grammairien qui a vécu vers la fin de l'Empire. Il y a toute apparence que le mot est de formation récente ; quoi qu'il en soit sur ce point, et bien qu'il soit difficile de définir ce terme

juridiquement, il a toujours pour conséquence de nous ramener à l'idée de représentation, exprimée par le mot *tutela*, mais sans le caractère déterminé et historique que lui donnait cette expression. La mancipation de la *familia* reste toujours un moyen de conférer un mandat après décès au *familiæ emptor*, et celui-ci garde à peu près les mêmes attributions. Aussi, n'est-il pas besoin de beaucoup changer l'exposé fait plus haut, pour l'accommoder à la version de Studemund ; on n'a qu'à élaguer les considérations qui se rattachent à la *potestas*, que nous avons attribuée à l'*emptor*, et à son droit de tutelle sur les héritiers non impubères, qu'à écarter aussi l'hypothèse d'un testament *per æs et libram* fait en présence de *sui heredes*, pour avoir la théorie du *familiæ emptor* chargé d'une simple mandatelle. La version de Studemund a donc pour effet de supprimer certains traits très intéressants de la figure de l'*emptor*, sans y ajouter rien de nouveau.

Nous pouvons maintenant continuer l'étude du *familiæ emptor*, sans plus nous préoccuper de la véritable version du texte de Gaius, et compléter la physionomie de l'*emptor* par les indications qu'il nous reste encore à donner.

D'après l'exposé qui précède, on a bien compris pourquoi l'*emptor* n'était pas héritier, mais à la place de l'héritier, « heredis loco », comme dit Gaius. Cela se voit encore très bien dans la manière dont l'*emptor* est chargé des legs. Dans le testament *calatis comitiis*, le disposant commandait à l'héritier, il faisait presque une loi ; les legs étaient obligatoires. Il n'en est pas de même dans le testament *per æs et libram*. Ce testament est un acte purement privé, qui ne peut pas engendrer d'obligation. En effet, il ne saurait être question d'un pacte de fiducie joint à la mancipation ; un pareil pacte ne pouvait pas obliger l'*emptor* à restituer les biens à un tiers. La *mancipatio* ne pouvait pas non

plus produire une obligation directe, comme le *nexum*. Dans ce dernier acte, c'est la partie qui recevait l'argent, qui s'obligeait ; or, le *familiæ emptor* était censé payer l'argent, et non le recevoir. Le disposant du testament mancipatoire ne pouvant pas obliger l'*emptor* à exécuter les legs, en était réduit à les confier à sa bonne foi : « fidei ejus commissum (1) » ; il l'en priait : « eum roga- « bat (2) ». Ce n'est pas à dire que les legs du testament *per æs et libram* n'aient pas été exécutés aussi strictement que les legs établis par un testament *calatis comitiis*. Les rapports entre amis étaient réglés par un code de lois morales, (*officium* ou *boni mores*) qui était respecté presque autant que la loi religieuse (*fas*). La foi dans la piété de l'ami était si grande, qu'à une époque beaucoup plus récente, vers la fin de la République, nous voyons le testateur user du même moyen pour établir des fidéicommis. Il ne faut pas oublier qu'il s'agissait de la volonté d'un mort, chose très sacrée à Rome.

Le *familiæ emptor* n'était pas non plus tenu directement des dettes. Entre lui et le défunt il n'y avait pas de rapport personnel comme il en existait entre le défunt et l'héritier d'un testament *calatis comitiis*. C'est le patrimoine seul qui restait grevé du passif. Nous avons vu plus haut que le débiteur répondait de la dette non seulement par sa personne, mais aussi par tout ce qui en dépendait, par la *familia* tout entière. Aussi les créanciers pouvaient-ils, après la mort de leur débiteur, exécuter leur créance sur son patrimoine. Le *familiæ emptor* avait l'alternative ou d'abandonner les biens entre les mains des créanciers, ou, en les gardant, de répondre personnellement de la dette.

1. Aulu-Gelle, V, 19.
2. Gaius, II, 102.

Tel était le caractère du *familiæ emptor* établi par le testament *per æs et libram* primitif.

Nous pouvons nous demander maintenant à quelle époque ce testament a pris naissance. L'exposé, que nous avons fait au début de ce chapitre, de l'ancien droit plébéien, nous a déjà montré que le testament mancipatoire devait être antérieur à la loi des XII Tables, qui a eu pour but, en partie, de consacrer le droit plébéien préexistant. M. Kuntze est d'un avis opposé. Selon cet auteur, l'application de la mancipation à la matière du testament est due à l'initiative des pontifes, postérieurement au Code des Décemvirs. Les pontifes auraient aussi inventé la notion de la succession universelle. En effet, suivant Kuntze, la loi des XII Tables : « Uti pater legassit super pecunia tutelave rei suæ, » etc., se rapportait au testament calatis comitiis, et ne visait que les legs et les tutelles ; *legare* signifierait simplement *léguer*, et *pecunia* ne comprendrait que les res nec mancipi, les seules choses dont le testateur eût pu disposer à cette époque. La loi du XII Tables n'aurait donc connu que les dispositions à titre singulier. Plus tard, les pontifes, pour remédier à la disparition des *sacra* auraient tiré de la loi : « Cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncu-« passit, ita jus esto », le moyen d'établir un héritier par voie de mancipation, et ils auraient élaboré à cette occasion la notion de la succession universelle (1).

La théorie de M. Kuntze nous paraît très douteuse. Nous avons vu dans le chapitre précédent que le testament *calatis comitiis* opérait dés le début une succession universelle, à l'exemple de la succession des *sui heredes*. Le testament *calatis comitiis*, avec toute sa solennité et ses formalités exceptionnelles, devient tout à fait incompréhensible, s'il ne devait avoir pour objet que l'aliénation des *res nec man-*

1. Kuntze, *Cursus der Institut.*, § 817 ; Excurse, 2e édit., p. 159 et 162.

*cipi*, et des dispositions à titre singulier. Du reste, la loi des XII Tables parle non seulement de *pecunia*, mais aussi de *res sua*, c'est-à-dire de toute la *familia* du testateur. C'est là l'objet principal du testament. Or, sans nul doute, la *familia* était dès l'origine, une universalité de droits, un reflet fidèle de la personnalité humaine. Quant au mot *legare*, nous avons vu qu'on l'a toujours appliqué aussi bien à l'institution d'héritier qu'aux legs ; il exprimait d'une manière générale toute disposition pour cause de mort.

La loi des XII Tables ne pouvait pas avoir pour objet de consacrer un testament admis de longue date par les traditions anciennes et sacrées. Ce testament faisait partie du droit sacral, et il n'avait aucun besoin de la confirmation du droit civil. On comprend, au contraire très bien, que la loi civile proclamée par les Décemvirs ait validé un testament nouveau, pratiqué jusque-là par les plébéiens seulement, en dehors des formes usitées par les patriciens, dépourvu par conséquent de toute valeur légale. Ce testament, par opposition à l'ancien, était l'expression de la seule volonté individuelle, affranchie du contrôle des pontifes et de l'assemblée populaire. Lorsque les décemvirs eurent fait entrer les coutumes plébéiennes dans le droit commun romain, on comprend très bien que la nouvelle loi ait validé aussi le testament *per æs et libram*. C'était là un grand progrès sur le passé. Le testament romain devient privé et purement civil, de public et sacral qu'il avait été jusque-là. C'est ainsi qu'on est arrivé à consacrer la liberté testamentaire complète, comme l'indiquent les termes mêmes de la loi.

Le nouveau testament, purement civil, a dû entrer assez vite dans la pratique des patriciens. Les avantages étaient considérables ; ils permettaient aux pères de famille de tester tout à fait librement et en tout temps. Quand on

sait quelle frayeur les Romains éprouvaient devant tout acte de fâcheux augure, surtout devant les préparatifs de la mort, on comprend très bien qu'ils aient préféré tester à la dernière extrémité, au dernier moment même de leur vie. Cependant le testament *per æs et libram* présentait aussi de grands inconvénients; la matière des *sacra* lui était étrangère, il ne pouvait en assurer la transmission. Quant aux recommandations que le testateur faisait à cet égard à l'*emptor*, elles n'avaient aucune force obligatoire; l'*emptor* pouvait les oublier. Le danger était grand, les *sacra* pouvaient périr. Les pontifes s'empressèrent alors de remédier à ce danger. Ils décidèrent que les *sacra* suivraient désormais la transmission du patrimoine. Puisque la *familia* était une partie intégrante de la personne et en quelque sorte sa représentation, l'obligation des *sacra* pouvait peser sur elle, comme elle avait pesé sur le défunt; et puisque le principe des *sacra* était d'être perpétuels, rien ne s'opposait à ce qu'ils suivissent la *familia* entre les mains de toute personne qui s'en emparerait. La même règle avait été admise pour l'usucapion d'hérédité ; elle pouvait à plus forte raison s'appliquer à l'occupation du patrimoine autorisée par le défunt. Les pontifes n'hésitèrent pas dès lors à proclamer le principe : *Sacra cum pecunia*. « Nam sacra cum pecunia, dit Cicéron, Pontificum « auctoritate nulla lege, conjuncta sunt (1). » Et encore : « Videtis igitur omnia pendere ab uno illo quod Pontifices « pecuniam sacris conjungi volunt (2). » La loi des XII Tables elle-même offrait le moyen d'obtenir ce résultat. En interprétant largement la loi : « Cum nexum faciet manci- « piumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto », les pontifes permirent au testateur d'imposer à l'*emptor* l'obligation

1. Cicéron, *De leg.*, III, 21.
2. Cicéron, II, 22.

de continuer ses *sacra*. La volonté du défunt devint l'équivalent de l'initiation religieuse; elle suffisait à elle seule pour obtenir le résultat qui nécessitait autrefois le concours des pontifes et de l'assemblée populaire. Mais si cette volonté suffisait pour imposer au *familiæ emptor* l'obligation aux *sacra*, elle devait suffire aussi pour lui imposer les autres charges d'une succession. Les legs devinrent alors également obligatoires.

C'est ainsi que la volonté exprimée à l'occasion de la *mancipatio familiæ* acquit toute l'autorité qu'avait autrefois la volonté exprimée devant les *calata comitia*. Elle opérait la transmission des *sacra* et l'obligation aux legs. Elle eut aussi pour effet d'instituer un héritier. En effet, le *familiæ emptor*, continuateur des *sacra* et grevé des legs, qu'est-ce autre chose que l'héritier institué par le testament *calatis comitiis* ? Il en avait toutes les attributions et toutes les obligations. On peut donc dire que désormais le *familiæ emptor* est véritablement *heres*, dans l'ancien sens du mot; il devient le successeur personnel du défunt, chargé de ses obligations envers les dieux et les hommes. Le testament *per æs et libram* devint de la sorte le plein équivalent du testament *calatis comitiis*. Ce testament désormais inutile, fut abandonné, et disparut définitivement de la pratique romaine.

C'est la *nuncupatio* qui avait produit ce résultat; naturellement elle dut avoir désormais plus d'importance que la *mancipatio*. La *mancipatio*, qui avait été autrefois le fondement du testament *per æs et libram*, n'en est plus qu'une partie accessoire; elle sert de prétexte, de moyen pour arriver au but, la *nuncupatio*.

Un dernier pas restait à faire. La *nuncupatio* était une déclaration orale, faite en public ; le *familiæ emptor*, comme les légataires, étaient avertis des dispositions qui

les concernaient, et l'on pouvait redouter, comme l'affirme Théophile (1), que ces personnes, tentées par l'appât du gain, ne tendissent des pièges au testateur. Le moyen d'y remédier fut facile à trouver. A l'époque où nous nous plaçons, c'est-à-dire vers la fin du quatrième siècle de la ville ou au commencement du cinquième, l'écriture devait être d'un usage assez général à Rome. Les Romains, à peu près maîtres de l'Italie, commençaient à cette époque à guerroyer contre Pyhrrus et contre les Carthaginois; les relations avec l'étranger devenaient plus fréquentes. Les citoyens, instruits par l'exemple des Grecs de Campanie et de Sicile, avaient commencé à prendre l'habitude des registres commerciaux ou domestiques. Il était naturel qu'ils s'habituassent aussi à écrire leurs dernières volontés. Le testament *per æs et libram* prit dès lors la forme suivante : après la mancipation de la famille faite à l'*emptor*, le disposant rédigeait par écrit ses dernières volontés, et, cachetant cet acte devant témoins, il prononçait les paroles suivantes : « Hæc « ita ut in tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita tes- « tor, itaque vos Quirites testimonium mihi perbibetote (2). » L'écrit contenant les legs, ne devait être ouvert qu'après la mort du testateur. Le disposant était donc garanti à l'égard des légataires.

Restait le *familiæ emptor*, acquéreur de la familia, qui était averti de son droit et pouvait, malgré son amitié pour le testateur, lui devenir dangereux par la suite. Il est vrai que les testateurs avaient pris l'habitude de multiplier les legs, nous ne savons pas au juste à partir de quelle époque, et de ne laisser à l'*emptor* que le nom seul d'héritier. « Olim dicebat, dit Gaius, totum patrimonium legatis at- « que libertatibus rogare nec quicquam heredi relimquere

1. Théophile, *Paraphrase des Instit.*, L. II, 10, § 1.
2. Gaius, II, 104.

« præterquam inave nomen heredis (1). » Le *familiæ emptor* devait alors s'attendre à recueillir une infime partie de la succession ; mais encore est-il, qu'avant l'ouverture du testament, l'*emptor* ne pouvait pas savoir si la part qui lui revenait était plus ou moins considérable. Aussi fallait-il rendre le nom de l'héritier secret comme celui des légataires. Rien n'était plus facile. Puisque désormais c'était la *nuncupatio* qui créait l'héritier, la *mancipatio* n'étant plus qu'un prétexte pour y arriver, on n'avait qu'à inscrire dans l'acte le nom d'un héritier autre que le *familiæ emptor*, lequel ne devait plus servir qu'à l'accomplissement purement formel du rite mancipatoire. L'héritier était dès lors institué par l'écrit, et le *familiæ emptor* devenait un simple comparse de la solennité exigée par la loi. Dorénavant le testament véritable n'est plus la *familiæ mancipatio*, comme à l'époque des XII Tables, mais la *nuncupatio* qui la suit et qu'elle sert à préparer.

Ce changement dans le mode de nomination de l'héritier entraîna aussi une modification dans les rapports entre l'héritier institué et la succession. Jusque-là, le *familiæ emptor*, comme l'héritier du testament *calatis comitiis* étaient appelés à donner leur consentement au moment même de la confection du testament; les droits qui en résultaient leur appartenaient *hinc et nunc*, sans qu'il fût besoin d'une confirmation ultérieure. L'héritier institué par le nouveau testament *per æs et libram*, au contraire, n'était pas présent à l'institution qu'il ignorait. Son consentement était requis après la mort du disposant, au moment de l'ouverture du testament. C'est alors qu'il devait dire s'il entendait accepter ou répudier la succession. En cas d'acceptation, il prenait possession de l'héritage, et c'est cette sorte d'ensaisinement qui établissait ces droits aux yeux de tous. En d'au-

1. Gaius, II, 224.

tres termes, l'héritier institué devait désormais faire *adition d'hérédité*, comme les héritiers *ab intestat.*

Le nouveau testament *per æs et libram* eut encore un autre résultat très important : le père de famille pouvait désormais tester en présence de *sui*, et les instituer héritiers par testament. En effet, les *sui* n'auraient pas pu être *familiæ emptores*; la *mancipatio* était impossible entre le père de famille et les personnes en sa puissance. Mais la *mancipatio* n'étant plus qu'une simple formalité, rien n'empêchait le père d'instituer ses enfants par la *nuncupatio*, comme il avait pu le faire par un testament *calatis comitiis.* L'institution des enfants lui permettait de nommer des tuteurs et de faire des legs, sans léser les intérêts des siens. A l'inverse, l'omission d'un *suus* équivalait à une exhérédation.

La théorie que nous venons d'exposer trouve sa confirmation dans un texte très important de Cicéron, que nous allons analyser. Nous avons soutenu que le nouveau testament *per æs et libram* puisait son origine dans le texte de la loi des XII Tables : « Cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit ita jus esto, » lequel, largement interprété par les pontifes, avait permis l'assimilation du testament mancipatoire à l'ancien testament *calatis comitiis.* Cette manière de voir est corroborée par Cicéron. Cet auteur raconte à deux reprises, dans son livre *De Oratore*, l'histoire d'un soldat, qui avait été institué héritier par son père, alors qu'il se trouvait devant l'ennemi. Le père, ayant appris la mort de son fils, fit un second testament par lequel il institua un autre héritier, et mourut aussitôt; le fils revenant de la guerre, se trouva dépouillé de l'héritage. Cicéron examine comment il faut plaider cette affaire. « Si l'on a à défendre, dit-il, les intérêts de l'héritier institué, il faut parler de la sainteté du testament et placer cette considération au-dessus de toute autre. Si, au contraire, on

plaide pour le soldat, il faut chercher à émouvoir le tribunal, figurer le père ressuscité venant embrasser son fils, implorant les juges de manière à faire pleurer des pierres, et tout cela, ajoute-t-il, uniquement pour que le nouveau testament parût n'avoir aucune valeur : « Uti « lingua nuncupassit non in XII Tabulis, quas tu omnibus « bibliothecis anteponis, sed in magistri carmine scrip- « tum videretur (1). » Il s'agit pour l'avocat du soldat d'annihiler la *nuncupatio* faite par le testateur ; il faut pour cela ou que le testateur n'ait pas prononcé les paroles de l'institution, ou que le texte de loi qui les valide soit considéré comme n'existant pas dans les XII Tables. Or ce texte des XII Tables qui valide l'institution d'héritier, ce n'est pas comme on aurait pu le croire, la loi : « Uti pater legassit « super pecunia tutelave rei suæ », mais au contraire, dit Cicéron, l'autre loi : « Cum nexum faciet mancipiumve, uti « lingua nuncupassit, ita jus esto. » Cette démonstration de Cicéron met notre doctrine à l'abri de toute contestation.

On comprend maintenant très bien la formule du testament *per æs et libram*, donnée par Gaius : « Familiam « pecuniamque tuam endo mandatela (ou *tutela*) et ut qui- « dam adiciunt, custodelaque mea esse aio, eaque, *quo tu « jure testamentum facere possis*, hoc ære æneaque libra « esto mihi empta. » Cette formule ne s'appliquait pas au testament *per æs et libram* primitif, que Gaius ne connaissait plus, mais au testament mancipatoire qui était encore en usage de son temps. Le contexte général de la formule est celui de l'ancien testament ; mais la partie que nous avons soulignée a été ajoutée par le nouveau. On y voit clairement que la *mancipatio* n'est plus qu'une simple formalité, un prétexte pour permettre au disposant de faire un testament par la *mancipatio*. « Quo tu jure » ne veut pas

1. Cic., *De Oratore.*, I, 38 et 57.

dire : afin que tu puisses faire un testament *valable*, mais : en vertu *duquel droit* tu puisses faire ton testament. La formule traduite en français est celle-ci : « Je déclare ta famille et ton bien être sous ma garde, achetés par ce bronze et par la balance, et cela afin que tu puisses faire ton testament. » Gaius ajoute lui-même que la solennité de la *mancipatio* et le *familiæ emptor* n'étaient plus là qu'en souvenir de l'ancien droit : « Nunc vero alius heres « testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, « alius dicis gratia propter veteris juris imitationem familiæ « emptor adhibetur (1). »

La *mancipatio* n'étant plus qu'une formalité, et le *familiæ emptor* étant à peu près un témoin comme le *libripens* et les cinq autres assistants, le préteur arriva facilement à en dispenser les testateurs. Il décida qu'un testament écrit et cacheté, présenté à sept témoins qui y apposeraient leurs signatures et leur cachet, serait valable devant son tribunal. Un pareil testament, non reconnu par le droit civil, ne pouvait conférer que la *bonorum possessio*. Mais en fait, surtout si la *bonorum possessio* était *cum re*, le testament prétorien avait à peu près les mêmes effets que le testament civil.

L'innovation prétorienne ne resta pas sans influence sur le droit civil. La loi admit comme valable, en cas de grande urgence, une simple déclaration orale faite par le mourant devant sept témoins. Cette disposition in extremis s'appelait le *testament nuncupatif* dont l'usage ne fut pas du reste très fréquent.

Le testament *per æs et libram* resta le testament civil des Romains pendant toute la période classique, jusqu'aux derniers temps de l'empire d'Occident. A côté, et dans le domaine de l'équité, se maintenait le testament prétorien.

1. Gaius, II, 103.

En 439 après Jésus-Christ, les empereurs Théodose le Jeune et Valentinien III réunirent ces deux testaments dans un seul, en y ajoutant certaines conditions nouvelles. La triple origine de ce testament lui fit donner le nom de *testamentum tripertitum*. Ce testament devait être fait *uno contextu* et devant témoins, comme le testament *per æs et libram*; les témoins étaient au nombre de sept, et ils devaient apposer leur cachet sur l'acte, comme dans le testament prétorien ; le testateur et les témoins étaient obligés d'apposer leurs signatures au bas de l'acte, par suite de la nouvelle constitution impériale. C'est sous cette dernière forme que le testament romain fut transmis aux autres peuples et servit de modèle à toutes les législations.

---

# BIBLIOGRAPHIE

THOMASIUS. — *Opera.* Hallæ, 1705. Dissertatio LXIII : *De origine successionis testamentariæ apud Romanos.* — Dissert. LXVIII : *Prima initia successionis testamentariæ apud Romanos.* — Diss. LXXI : *De sensu legis decemviralis testamentariæ.*

TREKELL. — *De origine et progressu testamentifactionis.* Lipsiæ, 1739.

HEINECCIUS. — *Opera omnia.* Geneviæ, 1771. Exercitatio XII : *De origine testamentifactionis et ritu testandi antiquo.*

HEINECCIUS. — *Antiquitatum Romanarum iurisprudentiam illustrantium syntagma.* Edit. Haubold.

DERNBURG. — *Beiträge zur Geschichte des römischen Testaments.* Bonn, 1821.

GANS. — *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung.* Berlin, 1824.

HUSCHKE. — *Ueber die Rechtsregel* : « *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* », dans *Rheinisches Museum für Jurisprudenz*, t. VI, 1834.

BACHOFEN. — *Geschichte und letzte Gestalt des Mancipations testaments,* dans *Ausgewählte Lehren des römischen Rechts.* Bonn, 1848.

LANGE. — *Römische Alterthümer.* Berlin, 1856.

VERING. — *Römisches Erbrecht.* Heidelberg, 1861.

F. LASSALLE. — *System der erworbenen Rechte.* Leipzig, 1861. Le second volume porte le sous-titre : *Das Wesen des römischen und germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwickelung.*

KÖPPEN. — *System des heutigen römischen Erbrechts.* Iéna, 1862.

KUNTZE. — *Institutionen und Geschichte des römischen Rechts* (Cursus und Excurse). Leipzig, 1869.

H. SUMNER MAINE. — *L'Ancien Droit*, traduit par M. Courcelle-Seneuil. Paris, 1874.

HÖLDER. — *Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechts*. Erlangen, 1881.

HÖLDER. — *Das « testamentum per æs et libram »* dans *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. I, 1880.

SCHIRMER. — *Das Familien-Vermögen und die Entwickelung des Notherbrechts bei den Römern*, dans *Zeitschr. f. Rechtsg.*, t. III, 1882.

SALKOWSKI. — *Zu Gaius*, II, 104, dans *Zeitschr. f. Rechtgs*, t. III, 1883.

SCHULIN. — *Das griechische Testament verglichen mit dem römischen*. Basel, 1882.

VOIGT. — *Die XII Tafeln*. Leipzig, 1886.

ACCARIAS. — *Précis de Droit Romain*, 4e édition. Paris, 1886.

CUQ. — *Recherches historiques sur le testament « per æs et libram »*, dans la *Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger*, Nov.-Déc. 1886.

# TABLE

## DE L'ORIGINE DU TESTAMENT ROMAIN



Imp. de la Soc. de Typ. - Noizette, 8. r. Campagne-1re, Paris.

4

